BIBLIOTECA SCIENTIFICA - 6

C. FERRINI

PANDETTE

SOCIETA' EDITRICE LIBRARIA
MILANO

Piccola Biblioteca Scientifica

Volumi pubblicati legati in tela ed oro

1. **Principî fondamentali di diritto costituzionale generale**, del prof. *V. Miceli* dell'Univ. di Perugia. Pag. 320 leg. . . . . L. **3.—**
2. **Principii fondamentali di diritto giudiziario penale**, del prof. *F. Puglia* dell'Un. di Messina. Pag. 368 . . . . » **4.—**
3. **Nozioni elementari di medicina legale** ad uso degli studenti di giurisprudenza e dei giuristi, del prof. *L. Borri* del R. Istituto di Studi Sup. in Firenze. Seconda ediz. riveduta. Pag. 716 » **7.—**
4. **Manuale di procedura civile**, del prof. *C. Lessona* dell'Univ. di Pisa. Terza ediz. riveduta. Pag. 598 . . . . » **6.—**
5. **Manuale di diritto penale**, del prof. *C. Civoli*. Seconda ediz. riveduta. Pag. 1181 . . . » **12.—**
6. **Manuale di pandette**, del prof. *C. Ferrini*. Terza ediz. riveduta. Pag. 992 . . . . . . » **10.—**
7. **Manuale di diritto amministrativo italiano**, del prof. *S. Romano*. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Pag. 656 . . . . » **7.**
8. **Manuale di diritto internazionale pubblico e privato**, del prof. *L. Olivi*. Pagine 944 . » **10.—**
9. **Storia del diritto romano**, del prof. *P. Bonfante*. In preparazione la seconda edizione.
10. **Manuale di Filosofia del diritto**, del professore *V. Lilla*. Pagine 628 . . . . » **7.—**
11. **Principii fondamentali di scienza dell'amministrazione**, del prof. *E. Presutti*. Pag. 544 » **6.—**
12. **Istituzioni di diritto civile italiano**, del prof. *B. Brugi*. Seconda edizione riveduta. Pag. 940 . . . . » **10.—**
13. **Manuale di economia politica**, del professor *V. Pareto*. Pag. 588 . . . . » **6.—**
14. **Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza**, del prof. *B. Brugi*. Quarta edizione riveduta ed ampliata. Pag. 496 . . . . . . » **5.—**
15. **Storia del diritto italiano**, del Professore *A. Solmi*. Pag. 940 . . . . » **10.—**

PICCOLA BIBLIOTECA SCIENTIFICA - 6

CONTARDO FERRINI
Professore nell'Università di Pavia

MANUALE

DI

PANDETTE

TERZA EDIZIONE RIVEDUTA

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis, 54

1908

« *Ho molto volentieri assunto l'incarico, offertomi, di curare una nuova ristampa del* Manuale di Pandette *del compianto* Contardo Ferrini.

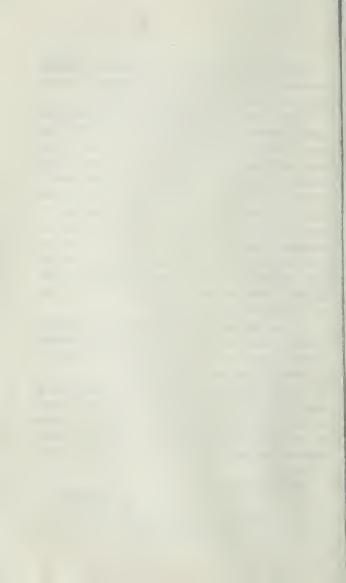
« *L'opera mia si è soltanto limitata a controllare* tutte *le citazioni delle fonti e buona parte delle indicazioni bibliografiche per ciò che si riferisce al volume e alle pagine delle opere citate, rimanendo però intatta la maniera adoperata dall'A. nel fare la citazione. Tali limiti rigorosi mi sono stati imposti dalla Casa Editrice, sia per l'intento di serbare all'opera, l'impronta originaria, sia per esigenze tipografiche degne pur esse di riguardo: l'edizione è infatti* stereotipa *e come tale non avrebbe permesso alterare la numerazione delle pagine, conseguenza necessaria ed immediata di una revisione che esorbitasse da quei limiti.*

« *Ciò non ostante, la superiorità di questa ristampa è assai notevole per poco che si consideri il numero ingente di citazioni, e delle fonti (più di 500) e bibliografiche, che sono state corrette.*

« *Intendo che questo mio lavoro di revisione sia tenuto come un pubblico tributo di omaggio alla memoria dell'illustre Estinto. Tale infatti fu l'unico motivo che m'indusse ad accettare l'incarico sobbarcandomi ad una fatica non indifferente e a volte difficile* ».

Palermo, Giugno 1904.

G. Baviera.

A

CARLO FADDA

PREFAZIONE

Come il titolo dice, questo non è un trattato completo di diritto romano, ma uno schema di un corso universitario; una traccia, che deve essere nella esposizione rivestita, dichiarata e completata e che può servire ai giovani come ricordo delle notizie fondamentali, delle definizioni e delle regole precipue, dei testi di maggior rilievo e come indice delle controversie più importanti. Appunto per tale ragione io spero, che il libro possa essere di qualche utilità nella scuola e se servisse a rendere superflue le *dispense litografate* (potendo ognuno agevolmente prender nota dei pochi appunti occorrenti a integrare o rettificare l'esposizione del libro), non potrebbe davvero dirsi mancato il suo scopo.

Arduo è certamente il delimitare il compito dell'insegnamento pandettistico in Italia: messo il principio che esso deve contenere l'esposizione del diritto privato giustinianeo, rimane a discutere quanta parte si deva dare alla trattazione storica del diritto anteriore (poichè senza qualche trattazione di questo quella esposizione per-

derebbe in grandissima parte il suo valore e il suo profitto), quanta alla *costruzione dommatica*, come si dice, dei singoli istituti, ecc. Il criterio « de finibus » è soggettivo e fin qui nulla di male; ogni maestro porta necessariamente la sua individualità anche in questa determinazione; poichè anche questa è in correlazione col suo modo particolare di intendere e di apprezzare sia l'organismo giuridico nel suo complesso, sia la genesi e la funzione degli istituti diversi. È bene anzi che dalle cattedre si manifestino i molteplici indirizzi; ognuno di essi ha il suo pregio speciale e per qualche parte meglio risponde ai fini scientifici o ai fini didattici. Ma questa opportuna varietà crea un ostacolo per chi si accinge a dettare un libro elementare, coll'intenzione naturale che l'uso di esso non abbia a circoscriversi alla propria scuola. Io ho procurato che esso si orientasse verso la tendenza prevalente in Italia, tanto più che essa risponde alle mie convinzioni ed alle mie abitudini d'insegnante; del resto il carattere stesso del libro dà modo di aggiungere quello che si credesse mancante e di omettere quello che si credesse superfluo, tanto più che quanto si rapporta alla storia, alle controversie esegetiche, alle interpolazioni, ecc. è ordinariamente posto nelle note. Non ho mai omesso di riferire (nè avrei creduto onesto il farlo) le mie opinioni personali, anche quando esse fossero in contrasto coll'insegnamento comune. Mi sono astenuto affatto dai raffronti col diritto moderno, che

pure sogliono abbondare nelle mie lezioni orali. Dove e quando convenga farli nella scuola, è questione di opportunità e dipende dalla preparazione dei giovani, dal contenuto di altri insegnamenti e dal metodo loro, dall'intento di rendere più evidenti certi punti o di meglio fissarli nella memoria. In un libro osservazioni e raffronti sporadici sono sconvenienti; una sistematica considerazione del diritto moderno avrebbe quasi raddoppiato il volume senza scopo adeguato, tanto più che l'elaborazione scientifica del diritto intermedio piuttosto avviata, che proseguita, non ha ancora dato quella serie di resultati sicuri, coll'ajuto dei quali solamente un simile lavoro avrebbe alta importanza.

Ho posto ogni cura nel rilevare i concetti genuini delle fonti, qualche volta in antitesi all' elaborazione tradizionale. Nel campo dei diritti patrimoniali la distinzione fra proprietà e obbligazione risponde al concetto estremamente ovvio che l'uomo pel suo sviluppo ha bisogno delle cose della natura esteriore e dell'ajuto dei proprii simili: la dottrina della proprietà è proprio nel concetto romano una *dottrina giuridica delle cose,* come l'altra è una dottrina giuridica dei fatti umani. Questa distinzione così nitida giova per bene intendere i rispettivi fondamenti delle teorie romane; è vero che il sorgere di istituti intermedî, lo sviluppo degli *iura in re,* quello dei rapporti obbligatorii medesimi hanno reso talora incerto il criterio scientifico e ambigua

la designazione, ma è incontestata l'utilità di cominciare a fissar bene quello che fu il punto di partenza della scienza romana. Nello spirito di questa io ho intitolato il secondo libro « dottrina della proprietà », anzichè « dei diritti reali »: le servitù prediali, segnatamente le più antiche, non sono che un'esplicazione della proprietà stessa: gli altri *iura in re* che man mano si ammettono in funzione di limiti del dominio ricevono ogni loro evidenza dalla dottrina di questo. Le figure posteriori e ambigue del pegno, dell'ipoteca, della superficie e dell'enfiteusi sono non senza sforzo e non senza inconseguenze intercalate in un sistema giuridico, che era già formato senza di loro: è bene che anche questo sia messo nella debita luce.

Non ho trascurato di addurre prove esegetiche e anzi non mi sono limitato alle fonti giuridiche strettamente dette, ma ho tenuto conto anche di testimonianze di altri autori, delle iscrizioni e dei papiri, offrendo così ai giovani un saggio dei materiali di studio, che oggidì abbondano e che non si possono trascurare.

Il Manuale piccolo di mole è però denso di materiale e contiene un numero cospicuo di pagine: l'avere ottenuto questo risultato senza scapito della nitidezza dei tipi è un merito della Società Editrice Libraria. Mi duole di non avere potuto fare uso o fare solo un uso molto limitato di recentissime e importanti pubblicazioni italiane e straniere: noterò alcuni articoli sulle *Obbligazioni* dello

Scialoja, le pubblicazioni recenti di Manenti, Bertolini e Segré, il libro geniale e suggestivo del Bonfante sul Diritto romano, le *Lezioni* del Fadda e in particolare quelle notevolissime sul Diritto ereditario; la seconda edizione del *Labeo* del Pernice (II, 2) ecc. Augurandomi di potere in altra occasione riparare alle lacune e a tutti gli altri difetti, che sono inseparabili da lavori così comprensivi, chiuderò colle parole del Bulwer nella prefazione al Pelham: « this difficulty in execution will perhaps be my excuse in failure and some additional indulgence may be reasonably granted to the author ».

C. FERRINI.

Suna, ottobre 1900.

LIBRO I.

DOTTRINE FONDAMENTALI

TEORIA GENERALE DEI DIRITTI SOGGETTIVI

CAPO I.

Introduzione.

1. L'oggetto del presente trattato è l'esposizione sistematica del diritto privato giustinianeo.

Il diritto giustinianeo non è diritto di pura origine romana: molti altri elementi si sono aggiunti per vie diverse nel corso dei secoli alla primitiva materia romana. Il diritto romano si trova invece in massima parte puro nell'età dei grandi giureconsulti: è un diritto sviluppato e perfezionato, che ha lasciato cadere molto del vetusto carattere angusto e nazionale, che non è rimasto insensibile all'influenza di altri diritti, ma che sostanzialmente è un prodotto genuino dello spirito e del genio romano. Con passi prudenti, ma sicuri, con tendenza insistente esso, movendo dal vetusto monumento delle dodici tavole, ha saputo giungere all'altezza, in cui appare nel *ius civile* di Sabino o, meglio ancora, ne' Digesti di Salvio Giuliano.

Appunto tale unità di origine e tale sicura sem-

plicità di sviluppo contribuirono altamente alla bontà formale delle dottrine e alla eleganza scientifica della sua elaborazione. In quanto il diritto romano è considerato come uno strumento incomparabile per affinare il senso giuridico, va cercato qui. Le posteriori innovazioni, che pure non di rado sono veri progressi sostanziali, non furono scientificamente rifuse coll'antico materiale; in parte mancò la potenza intellettuale e la specifica attitudine a' cultori della giurisprudenza, in parte la moltiplicità degli elementi fu di ostacolo alla nitida comprensione ed alla logica applicazione del domma. Io non parlo qui delle nuove cause intrinseche influenti su tutta la vita dell'impero, fra cui di gran lunga più importante il cristianesimo; ma parlo sovratutto de' materiali estrinseci, che sull'antico tronco si vennero innestando. Fra essi merita una menzione particolare il *diritto greco:* sotto questo nome comprensivo ben possiamo raccogliere la somma dei principii fondamentali comuni ai varii diritti ellenici (1). Questo diritto, come i diritti locali dell'occidente (poichè l'oriente romano era in grandissima parte ellenizzato), si mantennero vivi anche dopo la conquista romana, come norma dei *peregrini* del paese, in quanto non fossero stati modificati, limitati, alterati per effetto del diritto di Roma. Ma quando la costituzione notissima di Antonino Caracalla estese a tutti (o quasi) (2) gli abitanti del-

(1) κοινὰ δίκαια τῆς Ἑλλάδος: Dio.Crys. 37 (p. 459 M.), Schömann, *hellen. Alterthumsk.* 2, 2. Sul diritto ellenico come *un tutto* e sul paragone fra esso e il diritto germanico, v. ora il Mitteis, *Reichsrecht u. Volksr.,* p. 61 segg.

(2) V. le giuste osservazioni del Mommsen, *Hermes* 14, p. 474 seg.

l'impero la romana cittadinanza, teoricamente fu esteso a tutti per naturale conseguenza il diritto di Roma. Ma *praticamente* tale estensione non fu così generale e incontrastata: ciò che già *a priori* si potrebbe indovinare, specialmente per le provincie orientali, dove s'era da molti secoli fortificata l'applicazione di un diritto altamente civile, cioè il greco (1). Non solo molta parte del diritto ellenico si mantenne praticamente in vigore, ma non mancò di influire e di reagire sullo stesso diritto dell'impero. Ancora fino ai tempi di Diocleziano e Massimiano il potere centrale tende a resistere e ad imporre l'osservanza del diritto di Roma. Ma più tardi la resistenza si fa più debole e talvolta anzi il potere centrale manifesta una contraria tendenza. La nuova capitale sul Bosforo nel mezzo della civiltà ellenica, donde precipuamente prima e unicamente poi la legislazione derivava, non era certamente la sede opportuna per continuare quella intransigente difesa del romanesimo contro le multiformi correnti elleniche che tentavano pervaderlo. Nella legislazione di Costantino a' principii vetusti di diritto ellenico è fatta buona accoglienza nonostante la loro incompatibilità colle vedute fondamentali del diritto romano (2), e se anche vi fu più tardi (segnatamente per opera dell'imperatore Giuliano) qualche reazione (3), nel complesso la marcia in avanti del-

---

(1) V. il citato libro del Mitteis, specialmente p. 159-203.

(2) C. 1 C. Th. 8, 18: c. 5 *ibid.* 4, 11: c. 4 C. I. 6, 1: c. 1, C. Th. 2, 33: c. 1 *ibid.* 2, 30: c. 2, § 1 *ib.* 3, 1, ecc.: Cf. Gothofr., *Prol. ad C. Th.*, p. 184. Mitteis, *o. c.*, p. 548-552.

(3) Ad es. c. 3, C. Th. 3, 1.

l'ellenismo continua e il diritto dei « romei » si satura di elemento greco. Appunto tale diritto forma la base dell'opera complessa giustinianea, il cui merito non sta solo nella determinazione della parte del diritto antico da ritenersi tuttavia vigente, ma pur non meno nella serie cospicua di innovazioni, quasi tutte opportune, in cui le nuove esigenze sociali vengono con sagace intuito considerate.

2. Il diritto giustinianeo è a sua volta il principale fattore del « diritto comune » (1), per cui si resse tanta parte di Europa e da cui derivano la loro sostanza i codici moderni. È quindi naturale che il diritto giustinianeo sia quello, che ne' trattati delle Pandette deve avere il suo svolgimento. Ma tale svolgimento non deve negligere l'esposizione sommaria, almeno del diritto classico; sia perchè solamente così la conoscenza dell'elemento più notevole del diritto giustinianeo si può acquisire, sia perchè altrimenti uno dei frutti più preziosi dello studio di questa materia (l'esercizio della più squisita logica giuridica) si perderebbe. Non dimentichiamo che delle compilazioni giustinianee la più vasta e la più rilevante è quella dei Digesti, in cui pur di mezzo alle molteplici interpolazioni ci è tramandato il verbo dei poderosi giureconsulti dell'età classica: così vivo fu in Giustiniano medesimo il senso della tradizione e l'orgoglio della nobile eredità, che non sempre seppe rinunziare a riprodurre quello che ormai era tramontato nella coscienza dei

(1) Dopo l'applicazione del Codice civile germanico l'unico paese retto a diritto comune sarà S. Marino, a meno che non si traducano anche per esso in atto i progetti di un'apposita codificazione.

contemporanei, ma che offriva con mirabile coerenza, con insuperabile precisione di dettato la maestosa concezione del genio romano.

3. La nozione delle fonti del diritto romano e del modo di adoperarle e di citarle deve qui essere presupposta, appartenendo questo argomento ai corsi di istituzioni e di storia del diritto romano. Lo stesso deve pur dirsi rispetto ai sussidii opportuni per la migliore intelligenza delle fonti medesime.

CAPO II.

Nozione del diritto oggettivo.

4. Da' Romani il diritto nel senso oggettivo viene considerato come una norma di condotta. Essi parlano di « iuris praecepta », (fr. 10, § 1, D. 1, 1): essi accolgono le definizioni che taluni Greci avevano dato del *nomos* (1) ravvisato come una norma « a cui tutti devono ubbidire », ossia come un *commune praeceptum:* come un « canone del giusto e dell'ingiusto » (2). Tale norma non dipende dal capriccio o dall'arbitrio degli uomini (salvo gl'inevitabili abusi, che la teoria non considera): essa ha un fondamento

(1) Nel senso di « ius », quantunque nel Digesto i testi siano riferiti alle *leges* in senso formale (1, 3). Quale fosse il significato che Papiniano dava alla v. « lex » nella sua versione del passo di Demostene (fr. 1 D. 1, 3), non è chiaro.

(2) Fr. 1 e 2 D. 1, 3.

nella natura delle cose e nelle circostanze storiche di un dato periodo: dichiarare quale sia la regola corrispondente alla prima e adatta alle seconde è ufficio di uomini sapienti ed esercitati, che o la formulano o ne promuovono la formulazione o il riconoscimento nello Stato (1).

5. Come questa norma si distingua dalle altre, che regolano l'azione individuale e sociale, non è detto esplicitamente in verun luogo delle fonti. La distinzione più importante, quella fra diritto e morale, è nel diritto romano antico e classico sempre intuita; nelle singole applicazioni ben di raro il criterio riesce esitante; se un appunto è da fare, è che talora le considerazioni di carattere morale sono escluse con soverchio rigore. « Non tutto quello che è lecito è anche onesto », leggiamo in Paolo (2); la frase indica chiaramente la maggiore comprensione della norma etica. Nel diritto nuovo la distinzione non è certo rinnegata, sebbene la sicurezza nell'applicazione sia molto diminuita (3). Come però si diceva, una chiara affermazione dei limiti, non troviamo. I « tria iuris praecepta » del vivere onesto, niuno offendere, a ciascuno attribuire il suo sono, come ognun vede, norme fondamentali per l'etica. L'opera di coloro che devono costituire il diritto è definita da Celso « arte del bonum et aequum » (fr. 1, pr. D. 1, 1). Con ciò sembra indicato quello che pe' Romani è sovratutto ufficio del diritto, di essere cioè nella società umana attuazione del-

(1) εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ, δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων: Demost. in fr. 2 cit. Cf. fr. 1, § 1, D. 1, 1.

(2) Fr. 144 D. 50, 17.

(3) Di ciò v. avanti parecchi esempi.

l'*aequitas*. Questa nel suo genuino significato indica *uguaglianza:* il fine del diritto, secondo questo concetto, sta adunque nell'applicare pari trattamento in causa pari, nel dare uguale protezione a interessi ugualmente meritevoli, a contemperare negli inevitabili conflitti degli interessi umani le diverse esigenze (1). Può darsi che il diritto statuito in qualche sua norma o in qualche applicazione di essa non raggiunga tale intento: in tal caso ciò che è « iustum », ossia conforme al « ius » vigente si contrappone a ciò che è « aequum »: la norma o la sua speciale applicazione risulta *iniqua* (2). Naturalmente quando tale « iniquitas » si scopre e si rileva (sia per una più spregiudicata riflessione, sia per la progredita coscienza sociale, sia per la prova dei fatti o per le mutate circostanze), non cessa per ciò solo l'efficacia della norma (3): di regola noi troviamo però che tale proclamazione si fa solo per norme abolite o che si stanno per abolire, o che vengono limitate da norme diverse. L'equità così intesa non è dunque una nozione antitetica a quella di diritto: è anzi sostanza del diritto medesimo e meta a cui tende (4); da ciò deriva che ad essa

(1) È inutile richiamare la notissima definizione ciceroniana. Piuttosto richiamo l'attenzione sulla statuetta colla iscrizione *Equetas* (Aequitas), che aveva funzione di peso per bilancia (*Corp. inscr. lat.* III, 2, n. 6015, p. 762).

(2) Gai. 4, 115: « saepe accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari ». Altrove (I. 84) parlando di una norma del senatoconsulto claudiano lo stesso autore deplora l'*iniquitas rei.*

(3) « Perquam durum est, sed ita lex scripta est ».

(4) Oltre la definizione di Celso, si vegga Cicerone, *Top.* 23, 90 dove il diritto non è che un ramo dell'*ae-*

deve pure ispirarsi l'interprete, e cioè, che l'interpretazione deve orientarsi secondo le tendenze dell'*aequitas* (1).

6. Nel diritto giustinianeo la distinzione delle norme giuridiche, secondo la loro appartenenza al *ius civile* od al *ius gentium*, ha solo importanza di ricordo storico. Il *ius civile* in senso stretto è il complesso delle norme proprie dell'antico diritto nazionale, che non sono applicabili che ai cittadini

---

quitas in senso lato ed è chiamato « iustitia aut *aequitas* » in senso stretto. Nel libro stesso (2, 9) il *ius civile* è definito: « aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt ». In taluni istituti il diritto per ottenere la certezza dei rapporti (che è pure un postulato dell'*aequitas*) deve sacrificare altri interessi, il che non avviene in altri istituti più liberi, dove pertanto il *bonum et aequum* sembra meglio esplicarsi (cf. fr. 14, § 6, 13 D. 11, 7: § 31 I. 4, 6). Nella sua idealità il *ius* è « semper aequum et bonum »; fr. 11 D. 1, 1.

(1) Considerandosi l'interpretazione come mezzo per lo sviluppo del diritto, Cicerone annovera l'*aequitas* tra le fonti di questo (*Top.* 5, 28, cf. 7, 31). Così io intendo l'elogio di Aquilio in Cic., *pro Caec.* 27, 78: « qui ius civile nunquam ab aequitate seiunxerit ». In fr. 2, § 5 D. 39, 3 leggiamo: « id aequitas suggerit, etsi iure deficiamur ». La frase, come il Perozzi ha dimostrato, appartiene a un brano interpolato. Il senso è che, mancando un rimedio nell'Editto e nelle leggi, lo si deduce da' principii generali del sistema: io confronterei Quintil. *Inst.* 12, 3, 6. Altrove « aequitas » indica lo spirito della legge e il complesso delle analogie che se ne deducono in confronto della lettera di essa, che si indica come *ius*, *summum ius*, non perchè essa rappresenti il vero diritto, ma perchè chi vi si riferisce pretende di avere in suo favore il diritto e di potere contraddire le affermate esigenze dell'*aequitas*.

romani od agli stranieri aventi il *ius commercii.* Invece il *ius gentium* è quel complesso di norme applicabili a tutti coloro, che godono la tutela giuridica nel territorio romano, siano essi o no cittadini. In tal guisa ciò che è di *ius gentium* è pure di « ius civile » inteso in senso lato come diritto dei Romani; non viceversa (1). Al *ius gentium* in tal senso si dicono appartenere i contratti non formali, la *stipulatio* (purchè non nella forma speciale della *sponsio*), alcuni modi originarii di acquisto della proprietà, la tradizione, ecc. Rimangono esclusi specialmente il diritto di successione e il diritto matrimoniale. Questa significazione del *ius gentium* non è sempre nelle nostre fonti distinta pienamente da un'altra, per cui esso indica quel diritto « quo omnes gentes utuntur » (2): una specie di diritto ideale comune a tutti i popoli civili conosciuti, che si ottiene considerando l'identico sostrato della maggior parte degli istituti civili, ed astraendo dalle particolari esplicazioni e modificazioni. In tal senso si parla di un *matrimonium iuris gentium* in contrapposto a quello di « ius civile », di una parentela *iuris gentium* (con effetti corrispondenti) in contrapposto alla parentela agnatizia di *ius civile*, a modi di manomissione *iure gentium*, e così via. La differenza fra' due significati è profonda, poichè, per es., se un peregrino poteva in base ad una compravendita o una locazione avere azione anche in Roma e anche contro un Romano e proprio la stessa azione che al suo posto avrebbe

---

(1) « Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet »: Cic. *de off.* 3, 17, 69.

(2) Fr. 1, § 4 D. 1, 1 e fr. 5 *ib.*

avuto un cittadino, un peregrino non poteva succedere a un cittadino romano, sebbene congiunto con lui per una *cognatio iuris gentium*, nè un matrimonio conchiuso da peregrini, *ex iure gentium*, produceva effetti civili riconosciuti dal diritto romano (1). Ma d'altra parte, se i due significati non sono sempre con tutta evidenza distinti (2), la ragione sta in ciò che fra essi vi ha un vincolo abbastanza stretto. Gli istituti « iuris gentium » nel primo senso si distinguono ordinariamente (fatta eccezione sovratutto per la *stipulatio*) da quelli *iuris civilis* in ciò, che sono scevri da forme solenni, semplici nella struttura e liberi nell'applicazione (3): ora, se noi ricerchiamo ne' varii istituti civili l'elemento comune ai diversi diritti, detraendo tutto quello che si riferisce al trattamento particolare, secondo l'uno di essi, otteniamo la pura e semplice sostanza del rapporto libera da formalità e da solennità esteriori. Sicchè più un istituto è semplice e ribelle ad assumere formalità per le ordinarie contingenze della vita (si pensi alla compravendita dei mobili di scarso pregio, alle locazioni, ai depositi, ecc.) e più sarà comune la sua struttura ai varii diritti de' popoli coevi. I Romani, del resto, si limitarono ad osservare il fatto e a cercarne la ragione (che trovarono nella *naturalis ratio*); non ne trassero conseguenze pratiche dirette. Indirettamente non si può dubitare

---

(1) Tutto ciò non toglie l'applicazione de' diritti peregrini nell'ambito dell'impero prima della costituzione antoniniana. Come si vede, la cosa è diversissima.

(2) Cf. Krüger, *Gesch. d. Quellen*, p. 122 (tr. fr. 164), di cui non possiamo accogliere le idee.

(3) Fr. 1, § 2 D. 18, 1: « Est autem emptio iuris gentium ET IDEO *consensu peragitur* », ecc.: cfr. fr. 1 D. 19, 2.

che simili dottrine influissero sulla sostanza dell'editto peregrino e sulla parte degli editti provinciali relativa ai *non cives* (1).

7. L'universalità e la semplicità degli istituti del *ius gentium* fu, come si è detto, spiegata dai Romani col derivar questo dalla « naturalis ratio » (2). In altri termini il *ius gentium* parve determinato dalle esigenze generali della natura umana ed il regolamento ad essa più conforme. Gaio usa promiscuamente *ius gentium* e *naturalis ratio* (3). Altri

---

(1) A me pare che la esattezza di queste considerazioni abbia una buona conferma nello studio dei diritti ellenici. Un *ius gentium* nel senso romano e proprio nel doppio senso accennato nel testo si riconosce anche in essi, colla differenza che lo spirito più largo e meno esclusivo dei Greci e la loro minore attitudine alle applicazioni giuridiche hanno fatto sì che anche *praticamente* le due cose accennassero a confondersi. Così è da ritenere certo che il *ius gentium* ellenico si riferisse anche alle successioni, comprese le testamentarie (Verre potè in tal modo diventare erede di Chelidone: Cic. *in Verr.* 2, 47, 116) nonchè ai connubii (*Corp. inscr. Att.* III, 2, p. 112 seg.), sicchè la protezione giuridica accordata allo straniero implicava *ius commercii* e *ius connubii* (ἔγκτησις ed ἐπιγαμία). Inoltre il processo di Ermia ci dimostra come i tribunali ellenici, astraendo dalle disposizioni particolari di un diritto positivo, applicassero le figure più semplici e così ritenessero valida la compravendita consensuale senza esigere il documento solenne, ammettessero la proprietà relativa (romanamente « publiciana »), ecc. Cfr. anche Mitteis *Reichsrecht*, p. 48 seg.. 73 seg.

(2) πρόσεστιν αὐτῷ (ius gentium) φυσικὴ δικαιοσύνη. διὸ παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται. *Ind. greco delle Ist.* II, 1, § 41.

(3) G. 1, 1 — 1, 189 — 2, 65 — fr. 1 pr. D. 41, 1. V. poi da una parte G. 2, 66. 69. 70 e dall'altra fr. 5, § 7; 7, § 1; 9 § 1 D. 41, 1.

giuristi però — mossi principalmente dalla osservazione che la servitù è *iuris gentium* e nel tempo stesso *contra naturam* — hanno tenuto distinto il *ius gentium* dal *ius naturale*, che sarebbe il diritto conforme alle esigenze della natura umana (1). Il *ius naturale* in parte è rappresentato dai singoli diritti positivi (e in più larga misura dal *ius gentium*) (2), in parte invece non è che un'astrazione, deviando da esso i diritti positivi per ragioni storiche, difficoltà di applicazione, ecc. In tal senso il *ius naturale* è *id quod semper bonum et aequum est* (3), come si è detto; mentre il diritto positivo tende all'*aequitas*, ma non può sempre e in tutto attuarla (4).

In Ulpiano noi troviamo una singolare contrapposizione fra il *ius gentium* ed il *ius naturale:* il primo è comune agli uomini, il secondo agli uomini ed agli animali (fr. 1, § 3, D. 1, 1). Ad esempio egli cita la « maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus », la *liberorum educatio:* avrebbe potuto aggiungere la repulsione delle aggressioni altrui.

Come si vede, qui si parla del fondamento naturale di taluni istituti giuridici.

---

(1) Cf. sovratutto fr. 4, § 1 D. 1, 5.

(2) Fr. 1, § 4; 6 pr. D. 1, 1.

(3) Fr. 11 D. 1, 1.

(4) Pei giuristi che, come Gajo, non parlano che di *ius civile* e di *ius gentium* è da ritenere che la servitù non fosse contraria alla *naturalis ratio* (cf. intanto Gai. 2, 69 con § 17 I. 2, 1 = Ferrini, *Orig. della parafrasi*, p. 410). Nei sistemi ispirati alla dicotomia le manomissioni sono riferite al *ius naturale* (*Ind. greco*, I, 5, § 3 e Ferrini, l. c., p. 410) anzichè, come altrove (fr. 4 D. 1, 1) al *ius gentium*.

Del resto, tanto Ulpiano, quanto Giustiniano che nelle Istituzioni (1, 2) ne ha riprodotte le parole, non hanno (come parrebbe a chi non osservasse che queste) un concetto del *ius naturale* sostanzialmente diverso da quello suesposto (1). Nella giurisprudenza dell'età giustinianea il *ius gentium* non era ricordato a titolo di erudizione e però il contrapposto si stabilisce tra la ragione civile (πολιτικὸς λόγος) e la ragione naturale (φυσικὸς λ.): tra il *nomos* e la *physis:* quello l'ordinamento determinato dell'intreccio de' fattori storici, da riguardi di utilità, di precauzione, di difesa sociale: questa il trattamento semplice e spontaneo de'rapporti umani (2). Un negozio

(1) Per *ius naturale* (dice Ulpiano, fr. 50 D. 9, 2) la *superficies* spetta al *dominus soli.* Altrove distingue i *probra* che sono tali per natura e quelli che sono tali *civiliter et quasi more civitatis* (fr. 42 D. 50, 16). I *probra* non sono certo applicabili agli animali, poichè — dice lo stesso Ulpiano (fr. 1, § 3 D. 9, 1) — « nec enim potest animal iniuriam fecisse quod sensu caret ». Cfr. Voigt, *ius naturale,* I, p. 289, 451.

(2) La straordinaria diffusione delle opere di Gajo nell'età precedente a Giustiniano ha molto contribuito a determinare questa dicotomia (Ferrini, *l. c.*, p. 407-414); se non che la φύσις delle scuole orientali non è proprio la stessa cosa della *naturalis ratio* di Gajo che ispira il *ius gentium.* Tuttavia φύσις e *ius gentium* furono messi alla pari colla scusa che, in senso abusivo e meno esatto, la prima denominazione poteva applicarsi al secondo (*Ind. greco,* I, 2, § 1 — II, 1, § 41, ecc.: l. c., p. 409, 411). Donde una serie di interpolazioni nelle fonti nostre, di cui talune sono accennate nel mio scritto citato, e perfino in opere non giuridiche, come quella innegabile in Cicerone (*de off.* 3, 5, 23: « neque vero hoc solum natura, *idest iure gentium* [int.], sed etiam legibus populorum, etc. »)

semplice è « naturale », mentre non lo è un negozio solenne: la cognazione è « naturale », non l'agnazione (o meglio la restrizione agli agnati degli effetti della parentela); la procreazione della prole, non l'adozione; non appartiene al diritto di natura la determinazione di una certa età per alcuni atti (come le manomissioni), quando non siavi una effettiva incapacità a compierli e però si contrappone una « età naturale » all' « età legale », ecc. Questo modo di considerare i rapporti giuridici si collegava colle vetustissime contrapposizioni della filosofia di *physis* a *thesis* e più specialmente appunto di *physis* a *nomos* (1). Quando però un istituto è creato per regolamento positivo, esso ha pure il suo modo di essere conforme alla propria struttura (ἕξις): questo modo di essere determinato dalle origini e dai fini dell'istituto si dice pure talvolta nelle fonti *natura*; ma evidentemente in senso diverso da quello dianzi accennato (2).

8. Le norme giuridiche appartengono al *ius publicum* od al *privatum*. *Ius publicum* in senso emi-

---

(1) Cic. *de inv.* 2, 53, 160, *Top.* 23, 90; Quint. *Inst.* 7, 4, 5: « iustum omne continetur vel natura vel constitutione ». Giavoleno (ex Cassio) fr. 14, § 1 D. 11, 1 (et ius et naturam): Paolo fr. 16 D. 47, 2 (non iuris constitutio sed natura rei): Ulp. fr. 42, D. 50, 16, ecc. Per Giustiniano cf., ad es., c. 10 pr. C. 8, 47 (48): « naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum... natura adgregavit et lex per adoptionem adsignavit ». Per l'opinione scolastica bizantina v. Ferrini, l. c., p. 414.

(2) Cfr. fr. 27, § 2 D. 2, 14: « ad ius, quod *lex naturae eius tribuit*, de dote actio redit ». Qui è la stessa *lex*, che determina la *natura*.

nente indica la disciplina delle funzioni dello Stato e come tale esso non ci occupa altrimenti nella presente trattazione. In un altro significato *ius publicum* è il complesso delle norme regolatrici di rapporti privati, ma determinate più da considerazioni di interesse generale, sociale, che da riguardi a interessi individuali. Le norme stabilite per assicurare al pupillo la conservazione del patrimonio e per determinare la responsabilità correlativa sono di « ius publicum » in questo senso (fr. 1, § 9, D. 27, 8): così quelle dirette ad assicurare l'accettazione della eredità e la prevalenza della successione testamentaria sulla legittima (fr. 15, § 1, D. 35, 2): quelle che mirano a prevenire disordini e torti (fr. 27, § 4, D. 2, 14) e così via. Queste norme hanno carattere assoluto; le parti interessate non possono derogarvi: « ius publicum privatorum pactis mutari non potest » (fr. 38, D. 2, 14; cf. fr. 45, § 1, D. 50, 17); non si può neppur rinunciare al beneficio che ne risulta (1). Sarebbe ad es. invalido un patto, con cui io m'impegnassi a non agire contro un altro, qualora mi avesse a ingiuriare o a derubare: « expedit enim [publice] timere furti vel iniuriarum poenam ». La società ha interesse a che non s'incoraggi il mal fare. Invece dopo avvenuta l'offesa, poichè non si tratta più di prevenire un male che s'è gia verificato, non rimane che un interesse individuale al risarcimento e a questo si può validamente rinunciare: « post admissa haec pacisci possumus »: fr. 27, § 4, D. 2, 14 (ove si insiste su ciò, che non vale il patto, *quod publicam*

(1) Cf. invece: « pacisci contra edictum aedilium curulium omnimodo licet »: fr. 31 D. 2, 14.

causam contingit, quod a re privata remotum est). Tale interesse generale non sempre è il medesimo o almeno non sempre mantiene lo stesso grado di importanza e abbiamo quindi il caso che norme dal *ius publicum* passino nel *privatum* (nel diritto giustinianeo, ad es., il testatore può escludere il diritto dell'erede alla falcidia) e viceversa (p. es. nel diritto giustinianeo l'intervento della dote in alcuni matrimoni). Le norme che prescrivono determinate solennità per la certezza degli atti giuridici hanno carattere di assolute. Qui si riduce in sostanza la distinzione fra norme imperative e dispositive; non importa poi, se l'impero nelle prime sia positivo o negativo (norme proibitive). Cfr. Quintil. *Inst.* 7, 5, 5: « lex omnis... aut iubet aut vetat aut permittit ». Mod. in fr. 7, D. 1, 3: « legis virtus haec est: imperare, vetare permittere ». La norma permissiva non ha solo ufficio di dichiarare lecito un atto o la sua omissione (ciò è superfluo ogni volta che non si tratti di abrogare una precedente norma contraria); ma deve segnare gli effetti che all'operare delle parti si connettono, ove da esse non vengano esclusi.

9. Un'altra importante distinzione è quella delle norme di diritto comune e quelle di diritto singolare. Le prime sono quelle che sono conformi ai principii generali del sistema e destinate a valere universalmente; le seconde sono quelle che deviano da tali principii (*contra rationem iuris*) e sono destinate a date categorie di persone, di cose o di rapporti. Secondo Paolo (1) la deviazione dalla *ratio iuris* dipende da un'*aliqua utilitas*. Sarebbe erroneo

---

(1) Fr. 16 D. 1, 3.

il credere che l'*utilitas* venisse considerata solo nelle norme di « ius singulare »: mentre anzi il diritto privato, secondo Ulpiano, *spectat ad singulorum utilitatem* e comprende tutti i *privatim utilia* (1). La ragione è piuttosto che in tali deviazioni il motivo delle *utilitas* spicca più evidente (2). Esempi di *ius singulare* sono l'invalidità delle donazioni fra coniugi, mentre in genere (con determinate osservanze e limitazioni) le donazioni sono valide; il diritto di certe categorie di persone di essere esonerate dalla tutela; il diritto di certe persone di non essere condannate verso altre se non nei limiti dell'*id quod facere possunt;* il diritto di certe categorie di creditori di essere pagati a preferenza degli altri; e così via. Questi « iura singularia » hanno una evidente funzione di utilità, che però non esclude, anzi determina il loro concorso all'incremento dell'*aequitas* generale; non consistendo l'*aequitas* in una uguaglianza esteriore e meccanica di trattamento ma nel contemperare la protezione giuridica alla diversità dei bisogni e delle esigenze. Nelle fonti nostre il *ius singulare* è ordinariamente chiamato *privilegium* (3). La regola praticamente più importante

---

(1) Fr. 1, § 2 D. 1, 1. Anche il diritto pretorio fu elaborato *propter utilitatem publicam* (fr. 7 *ib.*), e cioè *dei cittadini.*

(2) Bonfante, *Ist.*, p. 14. Non comprendo bene il valore dell'*utilità estrinseca,* di cui discorre il Savigny (*Syst.* 1, 64 = vers. Scial. 1, 86). Analogamente spicca l'*aequitas*, come si è visto, nei negozii di buona fede in contrapposto a quelli *stricti iuris,* sebbene anche lo *strictum ius* abbia una funzione *equitativa* nel senso vero.

(3) Fr. 15 D. 28, 6; fr. 30, § 2 D. 27, 1; vat. fr., 152. V. pure Savigny, l. c., pag. 65 seg.

è quella che la norma di *ius singulare* non può estendersi per analogia; appunto perchè da quella non è possibile risalire alla *ratio* o al *tenor iuris*, che è il fondamento di questo (1).

10. Bisogna avvertire che spesso il *ius singulare* ha un significato ben più profondo, che non appaia dalla citata definizione di Paolo. La sua deviazione dalla *ratio iuris* ossia dallo spirito generale del sistema in molti casi non è che relativa: il *ius singulare* o rappresenta un avanzo di un sistema più antico, che si è andato modificando nell'essenza sua fondamentale, o, più spesso, un prodromo di nuove esigenze destinate a modificare in avvenire l'assetto fondamentale del diritto vigente. Un esempio della prima specie può fornire la *promissio iurata* del liberto nel diritto classico e giustinianeo; esempii della seconda forniscono ad es. le persone libere per cui nel diritto classico si può acquistare il possesso (mentre in diritto giustinianeo l'acquisto del possesso *per liberam personam* è divenuto la regola); le norme particolari del testamento dei militi, che in parte precorrono il diritto futuro (per es. nella possibilità della concorrenza delle successioni legittima e testamentaria); il trattamento di favore di chi ha adito l'eredità col beneficio d'inventario (che accenna al tramonto delle antiche idee sulla essenza delle eredità); l'azione concessa per alcune categorie di *pacta* e così via. Pel teorico dunque il *ius singulare* è argomento di grande importanza.

11. Appena occorre soggiungere che l'essenza del *ius singulare* non sta nella sua ristretta applicabilità a date categorie di persone, di cose o di rap-

---

(1) V. avanti e intanto fr. 14, 15 D. 1, 3.

porti, ma nell'essere in antitesi coi principii generali del sistema. Poichè del resto non mancano norme di *ius commune*, la cui applicazione si restringe a determinate categorie di persone. Niuno dirà che siano di *ius singulare* le norme relative alla imperfetta capacità giuridica dei minori; mentre è certo di *ius singulare* il trattamento dei mutui assunti dei *filii familias*, che fu introdotto dal senatoconsulto macedoniano.

12. Accanto agli *iura singularia* abbiamo i privilegi in senso stretto, che però nelle fonti nostre sogliono essere designati con perifrasi varie (1). Essi sono esenzioni di individui o di enti determinati dall'osservanza delle regole generali; esenzioni che non mirano a integrare l'*aequitas*, ma anzi vi si oppongono; sono poi più raramente applicazioni a tali individui o enti di un trattamento più grave e oneroso di quello che la norma generale comporti. Di comune cogli *iura singularia* hanno il carattere di eccezione ad una regola; ma tale rapporto comune è meramente esteriore.

13. Le fonti del diritto distinguono i Romani in *scritte* e non *scritte*: « ius nostrum constat aut ex scripto aut ex non scripto » (fr. 6, § 1, D. 1, 1). La distinzione non si fonda che sull'esterna apparenza della norma, non ha, come fu ritenuto, un più profondo significato (2). Le fonti scritte enu-

---

(1) C. 3, § 1, C. 1, 14: « specialiter quibusdam concessa »; c. 4 C. Th. 15, 3: « privilegia privata ». Si chiamano *personales* le costituzioni che li comprendono.

(2) Giustamente il Savigny ricorda (*Syst.*, 1, 106, n. *b* = tr. Scial., p. 122 seg.) Cic. *de part. or.* 37, 130: « propria legis et ea quae scripta sunt et ea *quae sine litteris* aut gentium iure aut maiorum more retinentur ».

merate nelle nostre fonti sono molteplici; ma nel diritto giustinianeo si riducono ad una sola: la legge emanata dal sovrano. Sebbene il Digesto sia una compilazione formata con frammenti di antichi giuristi e sostanzialmente lo siano pure le Istituzioni, la loro efficacia obbligatoria non dipende già dall'*auctoritas prudentium*, dal riconoscimento della libera attività degli interpreti del diritto, ma dalla sanzione imperiale, sicchè nella mente di Giustiniano tanto i Digesti che le Istituzioni sono da considerare come grandi costituzioni imperiali.

14. Le costituzioni imperiali presentano forme diverse. Noi accenniamo brevemente alle questioni che importano pel diritto giustinianeo, avvertendo che esse devono riferirsi al modo di apprezzare le costituzioni non comprese nella collezione ufficiale del codice. Poichè quelle incluse nel codice hanno per l'unica sanzione imperiale impartita alla collezione nel suo complesso ugual valore e uguale natura: anzi per meglio dire formano tutte parti di una sola e grande costituzione, che può considerarsi quale *edictum principis*. L'editto è appunto la forma consueta della legislazione imperiale e la sua caratteristica consiste ormai (poichè le antiche formole sono tramontate) nell'essere pubblicato per la cognizione generale dei cittadini. L'editto è diretto o a tutti i sudditi (*ad populum*) o ad una parte di essi o ad alti funzionari dell'impero, che ne devono curare la pubblicazione (mediante affissi ne' luoghi consueti). Talora l'editto viene comunicato al Senato e in tal caso la lettura in Senato e la trascrizione negli atti di questo corpo tien luogo degli altri modi di publicazione (1).

---

(1) Simile procedura si connette storicamente alle *ora-*

L'autorità dei rescritti è in questo periodo molto limitata. Rimane fermo il principio (1) che essi sono nulli, se contrarii al diritto esistente; inoltre dei rescritti ottenuti non si può fare uso che nel caso, per cui furono emessi (2), a meno che resulti espressamente « quod principes censuerunt ea, quae in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere » (3). Pei decreti (4) (ossia per le sentenze emanate dal principe come giudice) Giustiniano (5) stabilisce, che ove si tratti di sentenza definitiva pronunciata in presenza delle parti, il punto di diritto in essa affermato serva di norma « non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus ».

Giustiniano ripristinò l'uso del *liber mandatorum* o norme di amministrazione pei governatori delle provincie (6). Esse in quanto si riferiscono alla giurisdizione hanno importanza anche pel diritto privato.

Le prammatiche sanzioni tengono il mezzo fra gli editti e i rescritti; non vengono direttamente pubblicate, ma sono fatte conoscere agli interessati

---

tiones Principis del precedente periodo. Intorno ai particolari v. Krüger, *Gesch. der Quellen,* p. 265 seg. (tr. fr., p. 354 seg.).

(1) Formulato da Costantino: c. 2 C. Th. 1, 2; c. 3, 7 C. 1, 19; c. 6 C. 1, 22.

(2) C. 2 C. 1, 14: « nec generalia iura sint, sed leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata ».

(3) C. 3 pr. *ibid.*

(4) C. 12 pr. *ibid.*

(5) Qui non è il caso di occuparci del diritto anteriore.

(6) Nov. 17 pr.; cf. Nov. 24, c. 6.

del magistrato che li riceve. In alcuni casi però viene ordinata la pubblicazione nei modi consueti e allora sia per la forma sia pel contenuto torna a noi difficile distinguere fra essi e gli editti (1). La differenza consiste allora solo in ciò, che la prammatica ha carattere di risposta a speciali domande o insistenze.

15. Ancora il *ius non scriptum* si riduce nel diritto nuovo alla consuetudine (2). Questa è il regolamento spontaneo, che nella società si determina per alcuni rapporti. L'antica spiegazione romana del valore della consuetudine è quella che in essa si rivela la volontà del popolo, il quale è anche il legislatore: « quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsiis et factis? » (3). Anche nel diritto nuovo tale spiegazione viene mantenuta: teoricamente s'insegna ancora che il potere legislativo derivi del popolo; il principe legifera per delegazione di tale potere (4). Ben poco del resto apprendiamo dalle fonti circa i requisiti di una valida consuetudine. Quello su cui si insiste, è la durata dell'uso. Già Cicerone definiva il « ius consuetudinis » siccome « id quod voluntate omnium sine lege *vetustas* comprobavit » (*de inv.* 2, 22, 67) (5):

---

(1) *Ed. Iustin.* 7 (in fine).

(2) « Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur », § 9 I. 1, 2.

(3) Fr. 32, § 1 D. 1, 3.

(4) Fr. 1 pr. D. 1, 4 (interp.).

(5) *Ib.* 54, § 162: « quod in morem *vetustas* vulgi approbatione perduxit » e Servio *ad Verg.* Aen. 7, 601: « mos est communis consensus omnium simul habitantium, qui *inveteratus* consuetudinem facit ».

Giuliano dice che la *inveterata consuetudo* è quella che costituisce il *ius moribus constitutum* (fr. 32, § 1, D, 1, 3): Ulpiano parla di *diuturna consuetudo* (fr. 33 ib.). Nell'ultimo periodo poi s'introduce la dizione « longa consuetudo » (Ermog., fr. 35 *ibid.*: *rubr.* Cod. 8, 52 [53]; c. 6, C. 8, 48 [49], ecc. (1). Quando l'uso possa dirsi abbastanza inveterato da assorgere a diritto consuetudinario, non è detto in via generale: spetterà al criterio del giudice il deciderlo (2). L'uso deve essere costante « tenaciter servata » e universale (fr. 32, § 1, cit. *in fine* « consensu omnium »; Servio, l. c., « consensu omnium simul habitantium »). In una costituzione di Costantino [c. 2, C. h. t.] è detto che la consuetudine non può andar contro alla *ratio* (3) ed è oscuro il va-

---

(1) Probabilmente interpolato è l'epiteto nella c. 1 *ibid.* Leone (c. 3 *ib.*) èsige che la consuetudine sia « antiquitus probata et tenaciter servata ». Cyprian., *Epist.* 71, 2: « dicunt se in hoc *veterem consuetudinem* sequi ».

(2) Forse la c. 11, C. 1, 14 intende riservarne il giudizio al principe, a cui il giudice davanti il quale un diritto consuetudinario viene per la prima volta invocato (*novum ius*) dovrebbe rivolgersi (*suggestio iudicantium*). Non voglio tacere che l'iscrizione nel *Corp. inscr. lat.* III, n. 781, p. 147, parla di consuetudine confermata « praescriptione temporis » (Ferrini, *Encicl. giur. it.* III, 3, 1, 621), e questo è per noi il più antico saggio di allusione a' termini della prescrizione in questa materia. Ora poi osservo che in Cyprian., *Ep.* 71, 3 si legge: « non est autem *de consuetudine praescribendum,* sed ratione vincendum ». Ermogeniano (fr. 35 cit.) parla però ancora di consuetudine « per annos plurimos observata ».

(3) Cf. anche Cyprian., *Ep.* 71, 3 cit. e 73, 13: « quidam qui ratione vincuntur consuetudinem nobis opponunt ».

lore di tale espressione. Nel fatto un diritto consuetudinario può basarsi anche sopra un errore. Poniamo che una legge venga per lungo tempo interpretata costantemente in modo erroneo, tale interpretazione diventerà obbligatoria (1); in realtà qui abbiamo diritto consuetudinario scaturiente da errore. Tutt'al più questo diritto consuetudinario sarà da considerare come *ius singulare*, escludendosi l'interpretazione analogica (fr. 39, D. 1, 3). Che alla *consuetudo* debba corrispondere un particolare elemento subbiettivo degli utenti, appare dalla voce *consensus* usata in quasi tutti i testi quì riferibili (2); è chiaro dal paragone col « suffragium » che i giuristi romani intendono per *consensus* l'incontro delle opinioni degli utenti circa il modo migliore di regolare un dato rapporto. La più facile rivelazione a prova del diritto consuetudinario si ha dalle sentenze (« explorandum... an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit » : fr. 34 *ibid.*).

16. Non pare dubbio che pei giuristi romani legge (3) e consuetudine siano di pari efficacia; qualcuno anzi, come Paolo, vede nella consuetudine che si afferma

---

(1) Giustiniano ammette che « longa consuetudine.» un magistrato non munito di *legis actio* possa essere adito per l'emancipazione: c. 6 C. 8, 48 (49). Ciò non può avvenire che con abrogazione in via di desuetudine delle contrarie disposizioni legislative.

(2) Varr., *apud* Macrob. 3, 8, 9: « mos est in iudicio animi, quem sequi debet consuetudo ».

(3) Fr. 37 D. 1, 3, cf. fr. 23 *ibid.* Nel fr. 38 *ibid.* si dice che « in ambiguitatibus, quae *ex legibus* proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere ».

spontaneamente senza bisogno dell'opera del legislatore una più energica e diretta manifestazione del *consensus populi:* fr. 36 D. 1, 3. Da questa equiparazione (v.ª *quid interest,* ecc.), Giuliano (fr. 32, § 1 *ibid.*) trae la conseguenza che una legge non solo possa essere abolita da altra posteriore, *sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem.* Le Istituzioni (§ 11 I. 1, 2) affermano in genere che le norme positive possono mutarsi o per nuova legge o *tacito consensu populi,* e nella legislazione giustinianea si parla spesso di norme cadute in desuetudine e non solo di norme del diritto antico (c. 1, § 1 Cod. 6, 51: *interpol.* in fr. 27, § 4 D. 9, 2), ma anche di norme stabilite in costituzioni di principi cristiani (nov. 89, 15, ove è osservato che una legge costantiniana διὰ τῆς ἀχρηστίας ἀνῄρεται) (1).

17. Di fronte a tali testi ed esempi non può avere importanza la c. 2 Cod. 8, 52 (53) di Costantino, in cui si dice che: « consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem » (2). Sul modo di conciliare questa costituzione

---

(1) Alcuni credono tuttora che la c. 2 di fronte agli altri testi costituisca una vera antinomia: Keller, *Pand.* 1^2, 9; Dernburg, *Pand.* I, § 29, n. 5; Eisele, *Archiv f. d. c. Pr.* 69, 269, n. 25; Wendt, *Jahrb. f. die Dogm.* 22, 327. Vedi in contrario Scialoja, *Della c. 2 q. s. l. c.*, p. 19 seg. Lo Schuppe (*Gewohnheitsrecht*, p. 188) ritiene che la c. 2 rappresenti il diritto nuovo e la sua tendenza.

(2) V. sovratutto Landucci, *Una celebre cost. dell'imperatore Costantino* (1885: dagli *Atti dell'Acc. di Padova*) e Scialoja, *Della c. 2 q. s. l. c.* (1886: dagli stessi *Atti*, II, 4). In questi due lavori sono molte notizie storiche e

cogli altri passi e in ispecie col fr. 32 cit. si è molto, anzi troppo, discusso (1). L'opinione più verosimile è che la costituzione di Costantino si riferisca a consuetudini anteriori a leggi che altrimenti dispongono: essa afferma, che sebbene una legge non si riferisca esplicitamente a consuetudini anteriori, queste non possono più considerarsi in vigore dopo la sua pubblicazione. Se (come altrove ho sostenuto) la c. 1 C. 11, 65 (64) rappresenta un altro brano della stessa legge costantiniana, si tratterebbe di una categoria di persone che per consuetudine si riteneva esente da certi oneri pubblici e che pretendeva far valere tale sua immunità anche dopo le nuove disposizioni che vi assoggettavano indistintamente tutti i provinciali (2).

18. Al diritto pubblico specialmente va riferita la *necessitas*, che in un passo di Modestino (fr. 40 D. 1, 3) si pone pure fra le fonti del diritto. La necessità delle cose indica la *norma agendi* sia per la conservazione della società e dello Stato, sia anche per la funzione delle istituzioni in ordine al loro fine. Le stesse norme per l'interpretazione delle leggi o delle consuetudini sono da derivare da essa (cfr. Scialoja, *Studi pel XXXV anno d'insegnamento del prof. Schupfer*, vol. III); la loro espo-

---

bibliografiche e si passano in rassegna le principali opinioni. V. anche Ferrini nell'*Enciclopedia giuridica italiana,* vol. III, parte III, 1, pag. 624 segg.

(1) Il Mitteis, *Reichsrecht*, p. 163, n. 2, pensa invece ai diritti locali, in quanto potevano affermarsi come consuetudini regionali in seguito alla costituzione antoniniana (v. ad es. *Collatio* 6, 4, 4). Nel testo *ibid.* v. però una spiegazione alquanto diversa.

(2) V. anche fr. 3, § 5 D. 47, 12.

sizione in una legge (cfr. *Dig.* I, 3; *Cod.* I, 14) non può avere altro valore che di una indicazione; del resto, donde si deriverebbero le regole per interpretare queste leggi medesime? Le norme della interpretazione non sono ovunque le medesime; poichè l'organizzazione de' poteri pubblici influisce notevolmente non solo sui limiti dell'attività dell'interprete, ma ancora su quelle tendenze generali del diritto positivo, che ne illuminano il còmpito.

CAPO III.

Interpretazione.

19. L'interpretazione è la ricerca del vero contenuto del diritto oggettivo. Anche la consuetudine è obbietto di interpretazione: ufficio dell'interprete è di scoprire e delimitare la portata del pensiero giuridico, che si contiene nell'uso. Per la legge l'ufficio dell'interprete è più ampio e più visibile e noi parleremo in ispecie della interpretazione di essa: sarà facile arguire quali norme siano da applicare all'interpretazione della consuetudine.

20. L'interpretazione è quindi essenzialmente una funzione dottrinale. Si parla bensì di interpretazione legislativa (autentica), come pure di interpretazione usuale (quando la consuetudine abbia determinato il modo di intendere una disposizione di diritto); ma in senso improprio. Quando la così detta interpretazione è obbligatoria, abbiamo in realtà una

norma di diritto oggettivo (1), che obbliga per sè medesima, coincida o no coll'effettivo contenuto della disposizione anteriore a cui si riferisce (2). Si può dunque discorrere di legge o consuetudine interpretativa solo in senso formale; materialmente abbiamo nuovo diritto oggettivo, su cui deve a sua volta esercitarsi l'interpretazione dottrinale (3). Da alcuni testi del diritto giustinianeo parrebbe a tutta prima che l'interpretazione legislativa sia da ritenersi come l'unica possibile, esclusa qualunque interpretazione dottrinale: c. 12, § 1 C. 1, 14: « si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet.... tam conditor quam interpres le-

---

(1) Nel fatto in Roma il riconoscimento in alcune autorità (senato, principe) di interpretare con efficacia obbligatoria la legge fu il primo passo che condusse logicamente ad attribuire alle autorità medesime pieno potere legislativo.

(2) Fr. 37 D. 1, 3: « si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: *optima enim est legum interpres consuetudo* ». Ma nel successivo fr. 38 è riportato un rescritto di Settimio Severo, che dice: « in ambiguitatibus... quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem... vim legis optinere debere ». Qui l'esposizione è molto più esatta. Per l'interpretazione legislativa cf. sopratutto la c. 12 C. 1, 14.

(3) La c. 1 C. 1, 14 di Costantino non parla di vera interpretazione, ma di temperamento o mitigazione del diritto esistente (*inter aequitatem iusque* interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere): la c. 9 *ibid.* (che è una modificata riproduzione della *Nov. Martiani* 4) ha la stessa portata, come si ricava dalle parole: « oportet id imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari ».

gum solus imperator iuste existimabitur ». A proposito de' Digesti si legge nella c. *Tanta*, § 21: « si quid vero.... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges condere et interpretari » (1). Ma a ciò contrasta il fatto che nei Digesti sono conservate diverse regole per l'interpretazione dottrinale, che si considera come pienamente possibile (2); il § 15 della stessa costituzione « Tanta » presuppone in esercizio la interpretazione dottrinale. E per vero, chi ben consideri (3) la c. 12 cit. vedrà che in essa si rivendica al solo principe il diritto di interpretare le leggi in modo obbligatorio. La costituzione comincia con una sdegnosa ripulsa degli scrupoli di que' *veteres*, che s'erano permessi di dubitare « an oporteat huiusmodi regiam interpretationem (si imperialis sensus legem interpretatus est) optinere » (4): un energico appello

(1) Il Savigny, *System*, 1, 305 seg. (= tr. Scial., 1, 312 s.) è il più deciso sostenitore della dottrina qui combattuta.

(2) Fr. 12, 13, ecc. D. 1, 3. Il Savigny osserva che i Digesti contengono anche norme per la compilazione delle leggi e ne trae argomento per dire, che tali regole sono destinate agli ufficiali da adibirsi per coadiuvare il principe nel duplice còmpito (*Syst.*, 1, 305 seg.). Ma in realtà i fr. 3-8 D. 1, 3 espongono in via narrativa il modo con cui si procede nella formazione delle leggi per dar lume all'interprete e il fr. 2 D 1, 4 contiene un principio da non dimenticare da coloro che intendono provocare riforme dal principe.

(3) Il dubbio verteva non sul punto di sapere se l'interpretazione del principe fosse obbligatoria. ma se (ove non fosse stata emanata in forma pubblica) obbligasse altri fuorchè le parti, che l'avevano provocata o contro cui era stata provocata.

(4) Il § 21 colle parole « ut supra dictum est » rinvia

al potere legislativo del principe serve di dimostrazione al principio che la sua interpretazione obblighi senz'altro. Sulla fine si dice che con ciò non si toglie forza alle dottrine dei « veteres iuris conditores », la cui efficacia si basava teoricamente sul *ius respondendi* appunto perchè questo era stato conferito dal principe (et eis hoc [cioè « ius interpretandi »] maiestas imperialis permisit). Adunque la questione verte sull'estensione del valore de' *rescritti:* la menzione del cessato *ius respondendi* spiega perchè omai il principe si dica « solus interpres »: egli solo può obbligare ad accettare la sua interpretazione. Circa al passo poi della c. *Tanta* occorre anzitutto notare, che esso si riferisce esclusivamente ai Digesti, per cui era vietato scrivere commentarii (tale divieto non si ebbe mai per le altre fonti giustinianee): il codice fu commentato ampiamente da Taleleo poco dopo la sua pubblicazione): l'imperatore teme che succeda pel Digesto quanto avvenne per l'Editto pretorio stemperato in misurati commenti. Ormai non ci sono più interpreti patentati; dove si ritenga necessario, si ricorre al principe, il solo che possa obbligare ad accettare una data interpretazione. Con ciò naturalmente non è vietato nè a' giudici, nè agli avvocati di valersi della interpretazione dottrinale; anzi questa è — come si è visto — nella costituzione stessa presupposta. La c. *Tanta* mira piuttosto a quella funzione che gli antichi interpreti avevano in certi limiti di « condere iura », ed è

---

al § 18, dove si discorre appunto dell'ufficio dell'imperatore di provvedere alle « novae formae », che si potranno manifestare dopo le pubblicazioni dei digesti e ai « negotia quae adhuc legum laqueis non sunt innodata ».

questa che dichiara assolutamente riservata al principe. Tutto ciò è pienamente confermato da quello che noi sappiamo della prassi bizantina.

21. La vera interpretazione, come noi dicevamo, è la dottrinale. Questa per le fonti del diritto romano (1) presuppone in alto grado l'opera della critica, che determini nella maggior certezza possibile il testo, su cui esplicarsi. Noi non abbiamo verun testo autentico: la fissazione del testo dipende da canoni, che non appartengono in modo alcuno alla scienza del diritto. Il romanista di professione deve però avere sufficiente notizia dei relativi studi per sapersi formare un giudizio indipendente e sicuro, senza cui le sue ricerche potrebbero essere gravemente intralciate. Determinato il testo, il primo lavoro deve essere quello di interpretarlo secondo le norme della grammatica e il valore lessicale dei vocaboli. Può darsi che in tale maniera si arrivi a un risultato ambiguo (specialmente perchè un vocabolo è suscettibile di diversi significati o perchè sono possibili diverse costruzioni sintattiche); in tale ipotesi è chiaro che si devono adibire altri ele-

(1) I Digesti, le Istituzioni ed il Codice sono formati con testi anteriori modificati e alterati in più modi per adattarli alle nuove esigenze. La ricerca di tali alterazioni e la ricostituzione (fin dove è possibile) dei testi genuini è importantissima per conoscere lo stato del diritto pregiustinianeo, ma non deve turbare l'intelligenza di questo Essa può riuscire anzi all'uopo un sussidio prezioso mostrando evidenti le tendenze del diritto nuovo: v. su questo Ferrini, *Il Digesto*, capo III. Il criterio era già ben noto al Cujacio: cfr. Noordkerck, *Specimen lectionum*, c. 2, 15. Valkenaer, *De duplici legum quarundam in Pand. interpr.* (Leida 1781).

menti di ricerca. Ma neppure quando il resultato sia univoco, questi sono esclusi (1). Non sempre, anzi neppure di frequente riesce all'uomo (e quindi anche al legislatore) di far corrispondere con esattezza la parola al pensiero. In parte tale inesattezza è puramente formale e tutti integrano o riducono al giusto valore l'espressione adoperata. Niun interprete (2), ove non sianvi ragioni particolari, si ristarebbe dall'applicare alle donne (3) una legge pel fatto che il legislatore usa *quis, homo, cognatus*, e così via: fr. 1, 52, 195 pr. D. *de V. S.* (50, 16): chi uccide una donna cade senza dubbio nella san-

---

(1) Ancora oggi si usa chiamare «interpretazione grammaticale» il primo lavoro; si comprende sotto il nome di «interpretazione logica» il rimanente. La distinzione è criticata nel Savigny (1, 213 seg.). La questione è di mere parole, purchè s'intenda che le due funzioni non devono disgiungersi e che la regola data in molti trattati (per es. Haimberger, *D.° rom.° puro,* § 49), che quando l'interpretazione grammaticale sia un resultato non ambiguo cessi ogni ulteriore ufficio dell'interprete, è completamente falsa: v. in contrario fr. 1, § 11 D. 25, 4. È affatto arbitraria l'opinione dei vecchi trattatisti che questo passo si deva intendere della c. d. *interpretatio declarativa,* ossia della mera esposizione dei resultati dell'esame grammaticale: basti consultare i §§ 12-14 *ibid.*

(2) La legislazione più antica procurava di evitare simili inesattezze formali, ma in compenso cadeva in molte sostanziali: la moltiplicazione poi dei vocaboli fatta per escludere equivoci immaginarii ne creava dei reali. V. per es. nella *lex salpensana* la distinzione inutile degli uomini e delle donne nei c. 22, 23, 28, 29 lasciata inopportunamente cadere sulla fine dell'ultimo capo. Per la *lex Aquilia* cfr. Gajo 3, 217.

(3) L'interpretazione dei *veteres* delle XII tavole (V, 4) era tendenziosa.

zione della *lex Cornelia*, benchè questa parli di « hominem occidere ». Evitare simili inesattezze formali è impossibile totalmente; d'altra parte non è opportuno complicare inutilmente l'esposizione, rendendola pesante e impacciata. In parte invece tale inesattezza è sostanziale, poichè non solo l'espressione non corrisponde al pensiero, ma la differenza non è percettibile senz'altro: solo un attento esame di varii elementi può rivelarla. Quali siano questi elementi non si può dire in modo assoluto; i precipui sono quelli che si deducono dalla storia della disposizione, dalle sue fonti, dal lavoro preparatorio, dal confronto di una disposizione con altra della stessa legge o di altre leggi, dai fini cui tendeva il legislatore (1).

22. A questo proposito bisogna anzi osservare che si parla in senso improprio di *mente, volontà* e *intenzione* del legislatore: meglio parlano i Romani impersonalmente di *mens legis, sententia legis* o *senatus consulti* (ad es. fr. 25, § 5 D. 5, 3: fr. 3 D. 48, 9: fr. 6, § 3 D. 37, 14: fr. 64, § 1 D. 23, 2). Infatti dove la legge è il resultato di un'opera collettiva, è impossibile determinare la *persona* del legislatore (2); ma anche dove il legislatore (3) è un in-

---

(1) Da tali elementi si deduce che le disposizioni della *lex Iulia* sul fondo *dotale* sono applicabili anche al fondo dato allo sposo in vista del futuro matrimonio: fr. 4 D. 23, 5.

(2) Tale non è chi fa la proposta.

(3) Le cose dette nel testo spiegano abbastanza perchè io non creda di dovere distinguere fra la ricerca del senso che il legislatore ha voluto annettere alle sue parole e quella del *pensiero legislativo* in sè medesimo, come fa ad es. il Windscheid, *Pand.* I, § 21, 22, il quale

dividuo (come è negli ultimi tempi di Roma), solo accidentalmente la legge esprime il suo pensiero personale; di regola egli non fa che dare sanzione ad un lavoro preparato e compiuto da altri. Ma vi ha di più. Gli autori di una disposizione legislativa mirano a provvedere a determinati bisogni con una o più norme, che dovranno prender posto nel sistema generale del diritto vigente. Niuna norma sta isolata; ognuna deve adattarsi entro il sistema, modificandosi e modificando (1). Tutto questo eccede ogni ordinaria previsione umana; i bisogni della vita sono varii, mutevoli, complessi in modo che raramente può chi detta la norma averne adeguata notizia. È poi impossibile il prevedere le varie modificazioni che il contenuto della norma o dell'istituto deve subire per adattarsi al sistema, giacchè, oltre il resto, deve ricordarsi che, variando le altre parti del sistema pel continuo svolgersi del diritto (« humani iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit »: c. *Tanta*, § 18), è inevitabile che muti di riflesso anche il contenuto di quelle norme e di quegli istituti, che pur direttamente non sono oggetto di variazione. La disposizione di legge una volta emessa è quindi in certi limiti indipendente dal legislatore; si esplica, si evolve, s'allarga e si restringe per vie proprie e per intima virtù. Si pensi, ad esempio, alle vicende delle disposizioni delle dodici tavole nell'età di maggiore sviluppo del diritto romano!

---

poi confessa che nei singoli casi « è difficile, anzi impossibile applicare la distinzione » (p. 55).

(1) Per es. il senatoconsulto giuvenziano parla di chi in mala fede ha appreso il possesso, ma le sue disposi-

Noi possiamo, studiando un diritto storico, fissare una interpretazione definitiva, riferendoci ad un momento determinato della sua vita; ma dobbiamo rilevare questo concetto della *interpretazione progressiva,* di cui tutta la storia del diritto romano è un documento, per le opportune applicazioni al diritto vigente.

Il resultato potrà essere che la norma sia adeguatamente espressa dalla formola legislativa; potrà essere che questa si presenti come troppo angusta (1) e allora l'interpretazione rileva l'eccedenza della *sententia legis* in confronto dei *verba* (2); altre

---

zioni devono applicarsi anche a chi cominciò a possedere in buona fede e dopo « conscius » *praedonis more versari coepit* (fr. 23, § 5 D. 5, 3). La *lex Iulia* parla di *fondo dotale:* tale non è a rigore quello dato al fidanzato in vista del futuro matrimonio (destinato a convertirsi in dotale solo colla celebrazione di questo); ma è ovvio estendere anche a questo la disposizione legale (fr. 4 D. 23, 5). Il senatoconsulto vieta il matrimonio fra la pupilla e il tutore e i figli del tutore; ma nella « sententia » di esso è compreso anche l'erede estraneo del tutore (fr. 64, § 1 D. 23, 2). Nella lista delle persone compresa nella *lex Pompeia de parricidiis* sono dimenticate la matrigna e la sposa, ma si comprendono nella *sententia legis* (fr. 3 D. h. t. 48, 9).

(1) I moderni discorrono d'interpretazione estensiva: i Romani parlano di « plenius interpretari »: fr. 4 D. 23, 5 (fr. 3 D. 1, 4). Chi rispetta la formola, ma opera contro la *sententia legis* agisce *in fraudem legis* (« qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit », fr. 29 D. 1, 3; v. fr. 30 *ib.*).

(2) Fr. 9 D. 2, 4: la transazione alimentaria è dichiarata nulla nella *oratio divi Marci,* se fatta senza assenso del pretore; ma in vista dello scopo (noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi), la disposizione

volte si troverà che la formola è troppo ampia (1) e in tal caso converrà rilevare l'eccedènza dei *verba* in confronto alla *sententia.*

23. Fin qui non si esce dai limiti della interpretazione, il cui ufficio è quello di ricercare il vero contenuto di una disposizione legislativa. Non è però raro il caso che dal principio in essa compreso si possono derivare norme per altre materie e istituti, a cui la legge direttamente non si riferisce. Di solito il principio affermato dal legislatore è corollario e conseguenza di un principio più generale e comprensivo, da cui si possono logicamente dedurre altre applicazioni (2): è còmpito della giurisprudenza di esaminare se tale deduzione sia lecita nel

---

non si applica alle transazioni, per cui « meliorem condicionem suam alimentarius facit », fr. 8, § 6 D. 2, 15: la disposizione edittale circa le conseguenze del matrimonio celebrato colla vedova o fatto celebrare alla vedova prima del termine dell'anno di lutto non si stima applicabile quando la vedova « intra legitimum tempus partum ediderit » (qui — fr. 11, § 2 D. 3, 2 — abbiamo anche un esempio di interpretazione progressiva: ai tempi di Pomponio unica ragione del divieto delle nozze era il timore della *turbatio sanguinis* e il diritto non accoglieva più altri principii, secondo i quali il periodo del lutto avrebbe dovuto in ogni caso rispettarsi). Un altro esempio istruttivo offre l'interpretazione del senatoconsulto giuvenziano in fr. 40 pr. D. 5, 3.

(1) I moderni parlano d'interpretazione restrittiva. Si disputa se sia possibile una interpretazione *mutativa.* A mio avviso non è possibile altro fuorchè una delle maniere d'interpretazione accennate nel testo o quella che risulta dalla loro combinazione.

(2) V. anche fr. 32 D. 1, 3: « proximum aut consequens ».

caso concreto. Si parla qui di « estensione analogica »: i Romani dicono meglio « producere ad consequentias » [fr. 14 D. 1, 3 : fr. 141 D. 50, 17 : fr. 27, § 3 D. 6. 1] (1) od anche « in argumentum trahere » [fr. 162 D. 50, 17]. « procedere ad similia », e così via. Si è detto che qui pure in sostanza si tratta di *interpretazione*, poichè si indaga il pensiero legislativo, in quanto eccede la formola adoperata. Ma non a torto già i Romani distinguevano l'*interpretari* dal *producere ad consequentias*. Poichè l'*interpretatio* ricerca la *sententia legis*, l'analogia determina le conseguenze che il principio riconosciuto quale contenuto della legge esercita sopra il sistema del diritto vigente. Le norme non consistono isolate, ma s'intrecciano nell'unità del sistema. È verissimo che non può cominciarsi lo studio delle analogie, se non quando siasi fissata l'interpretazione : è còmpito, ad esempio, di questa il determinare se la norma sia o no di *ius singulare* (ricevuta cioè per qualche necessità o utilità particolare al caso direttamente contemplato in modo da escludere che sia corollario di un principio generale o almeno più comprensivo) (2) ; ma una volta

---

(1) Lo stesso deve tenersi presente anche in materia di consuetudine. Indagare se la consuetudine costituisca o no *ius singulare*, è materia di interpretazione. Una consuetudine fondata sull'*errore* è evidentemente inetta ad applicazioni analogiche : cf. fr. 39 D. 1, 3.

(2) Altri esempi sono numerosi. Basta rinviare alle azioni *utili* e *in factum* date *ad exemplum* di qualche azione concessa dalla legge. Il riconoscimento generale della legittimità del procedimento v. in fr. 12 e 13 D. 1, 3. Per la sua esclusione in materia di *ius singulare* v. fr. 14-16 *ibid*. Il fr. 7, § 3 D. 48, 4 distingue il *delictum quod ex scriptura legis descendit* e quello, che *ad exemplum legis vindicandum est*.

che dallo scopo del legislatore, ecc. si dimostri che non si tratta di *ius singulare*, comincia uno studio, che eccede affatto quello del contenuto della disposizione. Il senatoconsulto giuvenziano ammette che nella *petitio hereditatis* « dolus praeteritus veniat ». Il principio è logicamente una conseguenza di tutta una dottrina circa le azioni reali ed il loro ufficio (v. più avanti), e però il giurista argomenta: « cum in hereditatis petitione quae et ipsa in rem est dolus praeteritus fertur, non est absurdum *per consequentias* et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci » (fr. 27, § 3 D. 6, 1). Come si vede, è grande la differenza fra quello già notato della estensione all'erede estraneo del tutore del divieto di matrimonio colla pupilla. Lo scopo del senatoconsulto in quest'ultimo caso non si raggiunge se non s'intende applicabile all'*heres tutoris* il divieto, ed è ovvio ammettere che il senatoconsulto adoperi con minore esattezza la v. « tutore » per indicare « chi è tenuto al rendiconto della tutela ». Tale interpetrazione estensiva è imposta dalla motivazione stessa del senatoconsulto, come è imposto di fronte alla *lex Iulia* d'intendere sotto la designazione di fondo dotale conforme all'uso volgare anche quello dato al fidanzato perchè alla celebrazione del matrimonio diventi senz'altro tale (v. un curioso esempio di formalismo bizantino nelle *lectiones* [testi] *hinc et inde prolatae*, di cui fa menzione la c. 5 pr. C. 6, 61). Invece lo scopo del senatoconsulto giuvenziano sarebbe interamente raggiunto anche quando non si facesse quell'applicazione alla *rei vindicatio*: il senatoconsulto mira a disciplinare i rapporti fra l'erede e il terzo possessore della eredità. Ma riconosciuta una data funzione all'azione reale, non è questa suscettibile di altre applicazioni? Questo è

tutt'altro problema e il risolverlo non dipende tanto dal riconoscere direttamente il « pensiero legislativo », quanto dalla natura organica del sistema, che si plasma e coordina per virtù propria (1). La regola data dai giuristi romani è quella, che l'estensione analogica è lecita, dove si tratti di una norma di gius comune e dove siavi *uguale ragione* di applicarla (2-3).

24. Non mancano negli scritti de' giuristi romani alcuni accenni alle norme della interpretazione: essi sono fatti in occasione di qualche caso speciale, ma nei Digesti di Giustiniano sono isolati, come principii generali. Alcuni di questi sono canoni evidenti, per es., che non si abbia a interpretare una disposizione di una legge senza tener calcolo di tutte le altre (4), che una legge posteriore non tolga efficacia alle anteriori se non lo dica espressamente o se non in quanto sia di fatto incompatibile (5). Un canone molto comune è che nel dubbio deve am

---

(1) « Cetera, quae tendunt AD EANDEM utilitatem » (fr. 13 D. 1, 3). Il concetto è del resto opportunamente espresso nella parola « consequentia ».

(2) Questa è la vera e propria *analogia*. Dove neppur questa sia possibile e manchi una disposizione legale o consuetudinaria per un dato caso, occorre che il suo trattamento s'informi allo spirito generale del sistema vigente, da cui si arguirà se un dato negozio sia lecito o illecito, valido o invalido, munito di determinati effetti o no, ecc. Questo ufficio nel diritto giustinianeo si riserba il principe.

(3) Fr. 13 D. 1, 3.

(4) Fr. 26-28 D. *ibid.*

(5) Fr. 18, 25 D. 1, 3; fr. 42 D. 48, 19. Nel fr. 18 però il Savigny intende la particella *quo* siccome equivalente a *quatenus* (*Syst.* 1, 230, nota *i* = tr. Sc. 1, 236).

mettersi il significato più benigno (1). Questa regola così isolata è di ben poco valore e nella massima parte de' casi l'interprete si troverebbe in grave imbarazzo se dovesse decidere quale è il significato più benigno, specialmente dove quello che giova ad uno nuoce all'altro. Troviamo che i giuristi romani sogliono applicare tale principio in materia penale e in materia di obbligazioni è qui certamente vero, sebbene non si tratti tanto di *benignità*, quanto di ciò che la regola del sistema romano è che sia libero tutto ciò che non è vietato e che la libertà e integrità umana debba valere fin dove non si abbia una norma certa in contrario.

25. Dato il concetto del sistema organico del diritto vigente, è chiaro che in esso non possono esservi contraddizioni (2): se due norme sembrano contraddirsi e non si può ammettere che una abroghi l'altra (per es. si contengono nella stessa legge), è

---

(1) Il fr. 22 D. 1, 3 fa cenno del così detto *argumentum a contrario*. Se una legge per un motivo speciale ordina un dato trattamento si arguisce che questo non debba aver luogo dove quel motivo non sussiste. Perchè quest'argomento sia valido occorre che sia indubitata l'intenzione di far dipendere quel trattamento proprio da quel motivo particolare. Nelle nostre fonti in gran parte costituite di responsi e di rescritti e quindi piene di casistica, tale argomento è molto pericoloso, giacchè il « caso » è addotto spesso non perchè sia la *ratio* della decisione, ma perchè ne è semplicemente l'occasione. Viceversa è spesso da considerare se la decisione che sembra generale non sia motivata dalla specialità del caso, cui si rapporta.

(2) Quintil. *Inst. or.* 7, 7, 2: « Numquam esse legem legi contrariam iure ipso; quia si diversum ius esset, alterum altero abrogaretur ».

certo che l'una deve intendersi in modo da evitare la collisione coll'altra, dando a ciascuna una diversa sfera di applicazione. Nel diritto giustinianeo la risoluzione delle antinomie ha speciale difficoltà, trattandosi — sovratutto pel Digesto — di raccolta di testi di autori di tempi e scuole diversi, i quali in realtà sono non di raro in contrasto fra di loro. Giustiniano assicura che ne' Digesti almeno non vi è contraddizione; che le apparenti discordanze si possono conciliare dal sottile interprete che sappia indagare le occulte ragioni della decisione difforme (c. *Tanta*, § 15). Ciò è vero sicuramente per molti casi; per altri no, e allora non è sempre agevole determinare quale delle norme diverse deve ritenersi decisiva pel diritto giustiniano. Un criterio formale è quello della sede di collocazione del passo; uno sostanziale è quello della maggiore o minore conformità di una decisione coi principii accertati del diritto giustinianeo stesso (1).

---

(1) V. il mio *Digesto*, c. III. Le Istituzioni e il Digesto sono stati pubblicati contemporaneamente e quindi si devono agli effetti della interpretazione considerare come una sola legge. Il Codice nella seconda edizione fu pubblicato dopo; la seconda edizione non fa però che riprodurre in gran parte la primiera, donde i dubbii se il Codice debba considerarsi o no come *lex posterior* di fronte alle Istituzioni e ai Digesti (Hölder, *Pand.*, p. 58). A me però l'opinione affermativa pare sicura: il legislatore imparte alla « repetita praelectio » una nuova sanzione e l'opera stessa si presenta come riformata ed emendata. Le Novelle poi derogano senza dubbio alle tre compilazioni anteriori.

CAPO IV.

Applicazione del diritto oggettivo.

26. La legge comincia ad esplicare i suoi effetti dall'epoca in cui viene promulgata (1): il legislatore può fissare anche un termine ulteriore, da cui tale efficacia abbia a decorrere. Inoltre essa di regola non modifica i diritti già quesiti in forza della legge anteriore: questi sono indipendenti dalle nuove disposizioni e continuano a reggersi colle antiche. Il principio già enunciato da Cicerone, che « de iure civili si quis novi quid instituit, is omnia quae ante acta sunt rata esse patitur » (*in Verr.* 2, 1, § 42) è riprodotto ancora nelle più recenti fonti del diritto romano (2). *Diritto quesito* (da non confondersi con una mera aspettativa) è quello, di cui si sono già verificati sotto l'impero della legge anteriore tutti i requisiti occorrenti ad assicurare l'acquisto. Nelle fonti più recenti si suol discorrere di « facta » o — più spesso — « negotia praeterita » (3): con ciò si vuole appunto significare che tali requisiti si sono già

---

(1) La formola consueta delle leggi repubblicane era « post hanc legem rogatam ».

(2) C. 7 C. 1, 14 (Valent. et Theod.): « leges et constitutiones principum futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari »: cf. c. 66 C. 10, 32. « cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare ».

(3) Nov. 18, 5.

verificati all'ingresso della legge nuova. La ragione, per cui la legge non suole essere retroattiva, sta in ciò, che i fatti umani hanno per propria norma il diritto del tempo in cui si svolgono: « quello che è passato non può essere assoggettato ad una regola, che allora non vigeva » (1): quando essi si sono verificati, le conseguenze giurīdiche sono diventate *proprie* degli interessati. Si aggiunge anche un motivo di opportunità, per cui non deve restare deluso chi ha posto la sua fiducia nell'ordine giuridico vigente (2). Del resto, poichè è lecito espropriare per ragione di utilità, non può dubitarsi che per gravi ragioni di ordine pubblico si possano togliere anche i diritti quesiti dando alla legge efficacia retroattiva (3). Questo fu certo sempre am-

---

(1) « Tanquam semel terminatum veteribus relinquimus legibus », Nov. 98, 1; « quod autem ante praeteriit, *positis pro his* relinquimus legibus », Nov. 99, 1.

(2) « Ne videamur in tanta temporum nostrorum benivolentia aliquid acerbius admittere », c. 23, § 3 C. 4, 35: « quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem? »: c. 29 C. 6, 23.

(3) Sarà in tali casi quistione di prudenza il temperare gli effetti con disposizioni transitorie. Viceversa può per giusti riguardi esimersi dall' applicazione della nuova legge una serie di rapporti, che non possono dirsi costituire dei diritti quesiti: c. 1, § 13 C. 7, 6. I patroni dei liberti latini tuttora vivi al tempo, in cui è promulgata la legge, mantengono intatta la loro chiamata alla successione, sebbene questa non costituisca ancora altro che un'aspettativa. La ragione si è che forse — ove fosse stato previsto il mutamento di diritto — la manumissione non avrebbe avuto luogo o l'avrebbe avuto ad altre condizioni. Cf. pure la c. 23, § 3 C. 4, 35 (ragione: il non essere ancora stata dichiarata tutta la portata della legge).

messo in Roma (1); sembra però che il legislatore non facesse uso che ben raramente di tale sua facoltà (cf. anco la formola nella nota 1, p. 42): in realtà noi troviamo le clausole di retroattività solo in costituzioni dell'ultimo periodo (2). A ciò corrisponde il fatto che solo nell'ultimo periodo e anzi nelle costituzioni giustinianee soltanto troviamo *esplicitamente detto*, che la legge *non ha* efficacia retroattiva (3). Questo fatto si può spiegare in parte molto semplicemente, osservando che simili clausole dovevano essere nelle compilazioni mantenute solo per le costituzioni più recenti, per cui solo potevano praticamente importare (anzi Giustiniano dice — sebbene non esattamente — che ha fatto risecare tali clausole anche dalle costituzioni inserite nel codice: nov. 19 praef.); ma tale spiegazione non è esauriente, specialmente per chi ricordi il modo con cui fu compilato ad esempio il codice teodosiano. Corrisponde del resto anche questa sempre maggiore invadenza del legislatore allo spirito del nuovo diritto e alla smisurata idea dei poteri del principe (4).

---

(1) Basti accennare alla nota controversia fra gli antichi giuristi circa alla portata della *lex Atinia*.

(2) Costantino c. 3 C. 8, 34 (35). Anastasio, c. 21 C. 4. 29: Giustiniano, c. 27 C. 4, 32 e c. 3, C. 7. 37. Un curioso esempio di retroattività limitata. Nov. 118, 6.

(3) C. 18 C. 4, 20: c. 23, § 3 C. 4, 35: c. 1, § 16*d* C. 5, 13: c. 29 C. 6, 23: c. 1, § 15 C. 6, 51: c. 12 C. 6, 55: c. 1, § 13 C. 7, 6: Nov. 18, 5: 22, 48, § 1: 54, 1: 76 pr. e c. 1: 98, 1: 99, 1.

(4) *Parafr. greca delle Istit.*, I, 2, § 6. Una clausola esplicita di retroattività pel diritto nuovo almeno non si esige. In c. 27, pr. C. 4 32 si biasima la *prava interpretatio*

27. Del resto anche la legge retroattiva si arresta di fronte alla regiudicata e suoi equipollenti (transazione, ecc.), poichè la norma è destinata a fissare gli effetti de' fatti giuridici (v. avanti), e questi come tali non esistono più, una volta che siasi verificato qualcuno degli accennati eventi. Giustamente dice l'imperatore che si tratterebbe di *risuscitare* quello che è estinto: cf. c. *Tanta*, § 23: « leges autem nostras — sancimus — suum vigorem in iudiciis extendentes in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive quae in iudiciis adhuc pendent, nec eas iudicialis vel amicalis forma compescuit: quae enim iam iudiciali sententia *finita sunt* vel amicali pacto sopita, *haec resuscitari nullo volumus modo* » (1). Se la legge muta dopo che è stata pronunciata sentenza, ma prima che sia deciso l'appello in proposito e la nuova legge si dichiara retroattiva, Giustiniano vuole che l'appello sia giudicato in base alla legge precedente (2). Si giusti-

---

di quelli che non avevan dato efficacia retroattiva alla legge sul limite delle usure: viceversa la Nov. 76 esclude la contraria interpretazione, ch'era stata data della Nov. 5. Era quindi questione rimessa agli interpreti.

(1) Con espressioni analoghe manifestano lo stesso concetto le clausole di retroattività in c. 22, § 1 C. 1, 2: c. 1, § 4 C. 1, 53: c. 17, C. 4, 21: c. 15, § 5 C. 6, 58: Nov. 19, 1.

(2) Nov. 115 pr. e c. 1: « Noi abbiamo compreso essere giusto che la causa in appello si esamini secondo le leggi che vigevano al tempo della sentenza appellata e secondo essa abbia a decidersi... sebbene avvenga che poi si promulghi una legge contenente diverse disposizioni in proposito, la quale voglia che si applichi il proprio contenuto anche ai fatti anteriori ». Anzi per Giustiniano basta che la causa sia giunta alle *relationes iudicum*.

fica tale disposizione osservando che còmpito del giudizio d'appello è di esaminare se sia corretta la sentenza appellata: esame che non può istituirsi se non in base alle norme che hanno ispirato tale sentenza. Siccome però l'imperatore dispone che la nuova legge benchè retroattiva non si possa più applicare alla causa pendente, quando siano già intercedute le « relationes iudicum », appare che il suo criterio è piuttosto quello di una consunzione processuale.

28. Quando una legge pretende d'interpretare un'altra anteriore, è manifesta l'intenzione di disporre in senso retroattivo: è inutile, dice Giustiniano, Nov. 19 *praef.*, discorrere qui della efficacia della legge nel tempo, mentre è a tutti manifesto che quello che venne sancito a scopo d'interpretazione deve valere in tutti i casi, in cui si applica la legge interpretata (1). Naturalmente ciò non vale pe' casi già passati in giudicato o altrimenti definitivamente sopiti, poichè nulla servirebbe per risuscitarli il provare un errore di diritto quale base della sentenza o della transazione. A rigore però si dovrebbe applicare l'interpretazione autentica alle cause pendenti in appello e ciò pare veramente conforme al modo di esprimersi della Nov. 143 in fine.

---

(1) Nov. 143 in fine. Per un'eccezione c. 23, § 3 C. 4, 35.

CAPO V.

Natura del diritto soggettivo. Soggetti di diritto.

29. Ogni norma del diritto privato è destinata alla tutela di interessi umani: « privatum (ius est), quod ad singulorum utilitatem (spectat) ». Quando sia nato l'interesse che la norma è destinata a tutelare o quando l'interesse medesimo siasi circondato di quelle condizioni, da cui la tutela stessa è fatta dipendere, abbiamo il risultato che la norma astratta ha dato vita ad una concreta energia, ad un rapporto umano di particolare momento, che si può chiamare « rapporto giuridico ». Si discorre anche di diritto soggettivo in contrapposto al diritto « oggettivo »: la norma astratta si è concretata in una particolare protezione di un soggetto. I Romani usano la parola « ius » per indicare tanto il diritto oggettivo (ad esempio « hominum causa constitutum est ius: ius civile, ecc. »), quanto il soggettivo (si pensi ad esempio alla formola « si paret A° A° ius esse utendi fruendi » si pensi agli « iura » o alle « res, quae *iure* consistunt », Gai. 2, 14). L'espressione più esatta è nella formola antica e classica della rivendica: « rem meam esse (Ai Ai esse) ex iure quiritium ». Per effetto del diritto quiritario sorge quel particolare rapporto colla cosa che è tutelato e munito di determinata energia e che si chiama proprietà.

30. La norma non si fa mai valere direttamente:

occorre che sorga il rapporto giuridico, da cui si determina e la condizione dell'interesse tutelato e quella degli altri interessi, a detrimento dei quali la tutela si verifica. Nel diritto antico non è estranea la concezione, che il rapporto giuridico sia fonte anche di diritto oggettivo, poichè solo per esso è *in concreto* determinata l'efficacia della norma. Il Pacchioni ha notato (1) che la legge decemvirale « eum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit *ita ius esto* » accenna ad una formazione di diritto oggettivo mediante la confezione del negozio. Altrove la legge stessa ha « uti legassit super pecunia tutelave suae rei, *ita ius esto* ». Mi pare che tale osservazione possa confortarsi coll'altra, che in scritti dell'età repubblicana anche negozii giuridici si pongono tra le fonti, donde scaturisce il diritto. Nella *Partit. orat.* di Cicerone, c. 37, il *ius scriptum* (2) deriva o dalla *lex stricto sensu*, o da' trattati o dai senatoconsuti, ovvero dalle « tabulae » (ossia da' testamenti), dalle stipulazioni e da' *pacta conventa* (3).

31. Nel diritto classico non troviamo più simili ravvicinamenti; tutt'al più qualche reminiscenza

---

(1) *Contratti a favore dei terzi*, p. 8.

(2) Cicerone usa « lex » nel senso di νόμος [= θέσις]. Si pensi alla *lex privata* (Varr. *L. L.*, 5, 5, 42), alle *leges venditionis*, ecc.

(3) Auct. *ad Herenn.* 2, 13: « Ex pacto ius est, si qui inter se pepigerunt », ecc. Cic. *de inv.* 2, 22, 67 seg.: « quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt, quod genus pactum par iudicatum », ecc. Nel citato luogo della *part. or.* (c. 37, § 130) i *conventa hominum* (non redatti in iscritto) sono considerati anche come fonte del « ius non scriptum ».

nelle locuzioni, ad esempio fr. 23 D. 50, 17 (*legem contractui dare*, ecc.). Nel privilegio però in senso stretto non si può negare che i due concetti di diritto oggettivo (ossia di norma) e di diritto soggettivo (ossia di interesse dalla norma protetto) vengono quasi ad unificarsi, rappresentando due aspetti della medesima cosa, giacchè il contenuto esclusivo della norma è la tutela di quel determinato interesse (1).

32. Troviamo nelle fonti il principio, che colui al quale compete competono anche quegli « adminicula » (a quelle facoltà subordinate) senza cui esso sarebbe impossibile: ad esempio, colui al quale è lasciato un usufrutto di un fondo ha diritto all'adito al fondo (fr. 1, § 1 D. 7, 6). Troviamo anche detto che chi può il più, può anche il meno: « non debet cui plus licet quod minus est non licere », fr. 21 D. 50, 17) (2) e ciò è vero, purchè un motivo particolare non escluda la facoltà minore. Così la donna può donare a persona estranea, non intercedere per questa: per la *lex Iulia* il marito può alienare il fondo dotale col consenso della moglie, ma pel divieto della *intercessio* non lo può ipotecare.

---

(1) Richiamo nuovamente l'attenzione sull'iscrizione *C. I. L.*, III, n. 781, dove si parla di consuetudine confermata « praescriptione temporis » e si discorre della « possessa causa privilegii » applicando al d.° ogg.° concetti proprii del soggettivo. Ciò avvenne nel diritto intermedio in ben più larga misura: si pensi ai termini della prescrizione applicati in generale alla consuetudine.

(2) V. fr. 22, § 3 D. 48, 5. È la *iuris confirmatio ex maiore* dei retori (Quintil. *I. O.* 5, 10: Ferrini, *d.° pen. rom.*, Höpli 1898, p. 161).

33. Finchè un interesse si attua e si estende in conformità della norma che lo protegge si dice che ciò avviene « iure »: al contrario, si dice, che avviene « iniuria » la restrizione o il sacrificio di un interesse in opposizione alla norma che lo tutela. Come non vi può essere vera contraddizione fra due norme, così non vi può essere vero conflitto fra due diritti; finchè si esplica legittimamente l'esercizio di un interesse, s'intende che sia sottratta la tutela giuridica (e quindi il carattere di *diritti*) agli interessi contradditorii. « *Iure* hoc evenit — dice Fiorentino fr. 3 D. 1, 1 — ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit *iure fecisse* existimetur ». Vale a dire: il diritto tutela la vita e l'integrità personale di uno, finchè questi non si fa aggressore degli altri; allora il diritto ritira la sua protezione e l'aggredito per difendersi può reagire offendendo, e così operando non esce dai termini del diritto suo. Donde il principio che « nemo damnum facit nisi *qui id fecit quod facere ius non habet* (fr. 151 D. 50, 17, cf. fr. 55 *ib.*, fr. 116, § 1 *ib.*). Ben potrà colui che esercita il diritto proprio nuocere ad un interesse altrui, ma questo nocumento non riveste il carattere di « danno » in senso giuridico. che presuppone una lesione di diritto (1). A tale proposito non possiamo omettere una breve trattazione intorno al così detto concorso e alla così detta collisione de' diritti. Questa materia suolsi svolgere a proposito dell'esercizio de' diritti, ma a torto, poichè essa concerne l'essenza medesima di questi

(1) Cfr ad es. fr. 49, § 1 D. 9, 2 — fr. 3, § 7 D. 47, 9 — fr. 7, § 4 D. 43, 24 — fr. 29, § 3 D. 9, 2. ecc. Anche pel diritto privato può servire la lettura del capo VI del mio *Diritto penale romano* (Hoepli, 1898), p. 156-221.

34. Più diritti patrimoniali o no concorrendo nella stessa persona non vengono ad essere modificati nè in sè stessi, nè nell'esercizio loro. Una tale modificazione può per altro accadere per lo speciale contenuto dei diritti stessi, che repugni ad una siffatta congiunzione. Per esempio, se la proprietà (nuda) di una cosa perviene a colui che ne aveva l'usufrutto, questo vien meno e la proprietà da limitata diventa piena; non è infatti cogitabile che un diritto del titolare limiti un altro diritto del titolare medesimo. Se uno ha una quota di condominio e acquista l'altra quota, non è egli titolare di due proprietà concorrenti e limitantisi a vicenda; ma è titolare di una sola proprietà illimitata (1). L'incompatibilità può sorgere anche fra un diritto pubblico ed uno privato; ad esempio, il pretore fedecommissario non può costringere sè stesso ad adire una eredità che ritiene sospetta (2). In tali casi non c'è che sacrificare uno de' diritti.

35. L'impossibilità di concedere l'esercizio simultaneo di varii diritti può sorgere anche quando i titolari di questi sarebbero (3) diverse persone. In tal caso è necessario che uno dei diritti ceda:

---

(1) Tizio creditore di 100 verso Sempronio muore e lascia due eredi in parti uguali, A e B. Ciascuno di questi (per rifrazione dell'obbligazione) diventa creditore di 50. Ma se A succede poi a B, si ripristina l'integrale obbligazione di 100 e non potrebbe, ad esempio, Sempronio pretendere che A accetti un pagamento parziale di 50.

(2) Fr. 13, § 4 D. 36, 1: « triplici officio fungi non potest et suspectam dicentis et coacti et cogentis ». La chiusa del passo è interpolata.

(3) Diciamo « sarebbero », poichè il conflitto elimina qualcuno dei diritti, come vedremo. Non è questione di

a) In materia di diritti reali (1) sta il principio che « prior tempore potior iure ». Dunque il diritto posteriormente costituito in tanto potrà esplicarsi in quanto ciò sia compatibile colla precedente esplicazione dell'altro;

b) In altri casi i varii diritti si coordinano limitandosi a vicenda, come le proprietà di varii titolari che vengano a coincidere sulla cosa stessa.

36. Tali criterii non si possono sempre applicare. Determinare allora quale diritto ceda e quale no, è difficile. Si dice che a parità di causa è preferibile il diritto di chi tende a ripararsi da un danno in confronto del diritto di colui che tende ad ottenere un vantaggio. Tale regola è talora effettivamente adibita (fr. 34. D. 4, 4). Ma intanto essa non è applicabile *a priori* che ad una relativamente scarsa serie di casi; nè poi in questi serve come norma costante. Un altro criterio molto comune, quando la materia su cui i varii diritti si dovrebbero esplicare non basta al soddisfacimento di tutti, è quello della prevenzione. Ciò avviene pei diritti dei consociati sulle « res publicae in publico usu »: per la concorrenza di varii crediti su un patrimonio insufficiente a soddisfarli tutti (lo stesso trattamento si applica a più creditori verso un peculio: fr. 10 D. 15, 1); nel caso di più azioni nossali per lo stesso servo (fr. 14 D. 9, 4) o lo stesso animale

---

mero esercizio, ma proprio di esistenza del diritto. Un diritto non tutelato dall'ordine giuridico è una contraddiziono *in terminis:* se la protezione cessa, vuol dire che quell'interesse non è giuridicamente riconosciuto o non è riconosciuto in quella estensione.

(1) Per le obbligazioni tale principio non serve; cf. però fr. 26 D. 19, 2.

(*a.es de pauperie*), di più ipoteche di pari data concorrenti (fr. 10, 16, § 8 D. 20, 1), di più creditori correali (fr. 2, 3, § 1, fr. 16 D. 45, 2). Dalla varia natura dei diritti di cui si tratta dipende anche il decidere quale atto sarà necessario per determinare la prevenzione ; il creditore correale che contesta la lite consuma il credito degli altri ; mentre in altri casi di concorrenza di creditori la contestazione di lite da parte di uno fra essi è un atto che non ha un particolare significato ; la prevenzione qui consiste nell'ottenere il pagamento effettivo.

37. Lo stesso principio della prevenzione importa che « melior est condicio possidentis ». vale a dire che chi si trova già nel godimento di fatto corrispondente al suo diritto debba essere preferito a chi con diritto di pari forza ne è escluso. V. per la publiciana di quelli che hanno comperato « a diversis non dominis » il fr. 9, § 4 D. 6, 2: di due minorenni, di cui uno abbia mutuato danaro all'altro e questo l'abbia consumato, è preferito il secondo (fr. 34 D. 4, 4) (1).

Il concorso di più diritti può anche importare una parziale reciproca elisione, come avviene de' crediti dopo l'apertura del concorso.

38. Tutto il diritto è costituito « hominum causa » (fr. 2 D. 1, 5). Anzitutto ogni interesse tutelato delle norme di dir. privato fa, almeno indirettamente, capo

---

(1) La *sorte* in casi di minore importanza serve a decidere la posizione giuridica delle parti in mancanza di altri fatti determinanti, ad es., chi si consideri attore « cum ambo ad iudicium provocant » in un'azione divisoria (fr. 14 D. 5, 1); chi fra varii coeredi a quote uguali deve ricevere gli originali documenti dei crediti ereditarii (fr. 5 D. 10, 2). Cf. pure c. 3 C. 6, 43, ecc.

all'uomo. Non è però necessario che sia attualmente determinato e neppure che sia già esistente l'uomo, a cui l'interesse si riferisce; è ben concepibile una protezione *attuale* di interessi. il cui titolare si rivelerà o verrà alla luce più tardi. In quali limiti ciò possa e debba avvenire, è essenzialmente questione di opportunità; nel diritto romano troviamo protetti interessi già spettanti al defunto in vista di colui che ne può diventare erede; troviamo una tutela provvisoria in altri casi, per esempio in aspettazione di un nascituro.

39. Quale soggetto di diritto ci appare anzitutto l'uomo singolo. « Quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt » (Ulp. fr. 32 D. 50, 17) e quindi ogni uomo dovrebbe avere la medesima capacità di essere soggetto di diritto. Tuttavia non è questo il trattamento ammesso dal diritto romano, il quale anzi riconosce una numerosa categoria di uomini privi di tale capacità: i servi.

40. Lo schiavo è giuridicamente in condizione di cosa; « fundus *homo vestis* aurum argentum et denique aliae res innumerabiles » (Gai. 2, 13): è suscettibile di proprietà, di possesso e di rivendicazione (1). Esso non è soggetto di diritti: « quod adtinet ad ius civile, servi pro nullis habentur » (Ulp. fr. 32 D. 50, 17): « servile caput nullum ius habet » (Paul. fr. 3, § 1 D. 4, 5): non ha patria (2), non ha famiglia. Le unioni degli schiavi fra loro o di persona schiava con persona libera

---

(1) Plauto, *Amph.*, 2, 1, 7 seq.: « tuos sum: proinde ut commodumst et lubet quicque facias ».

(2) « Patriam et libertatem perdidi »; Plauto, *Capt.*, 2 2, 30: « periisti e patria tua »: *ibid.* 3, 4, 5.

non hanno carattere giuridico; non sono matrimonio (1), ma semplice contubernio. Lo schiavo non ha quindi patrimonio, non debiti nè crediti (2), non è quindi possibile discorrere per lui di successione. Donde non è strano che si paragoni per gli effetti giuridici la caduta in servitù alla morte (fr. 209 D. 50, 17) (3). Lo schiavo non ha azione in giudizio e neppure può essere convenuto in giudizio privato: fr. 107 D. 50, 17. Se egli è stato offeso, può agire il padrone in quanto il nocumento o l'oltraggio si riversano sopra di lui; se il servo ha offeso, il padrone può essere convenuto perchè risarcisca il danno e subisca la pena pecuniaria, o almeno — ove egli non potesse impedire l'avvenuto — consegni il servo in riparazione all'attore.

41. Dall'altra parte non si può negare nel servo la natura umana (4). Questa importa una così evi-

(1) Plauto, *Casina*, Prol. 69-70: « serviles nuptiae? servine uxores ducent aut poscent sibi? ». Di fatto poi tali unioni in alcune regioni (per es. nell'Apulia: Plauto, *l. c.* v. 72 e i numerosi riscontri epigrafici nei volumi IX e X del *Corp. inscr. lat.*) raggiungono grande stabilità e l'apparenza perfetta di matrimonii: v. anche il Costa, *Nozze servili* (*Arch. giur.* XLII, fasc. 3-4). Bisogna tener conto dell'influenza dei diritti ellenici (cf. la legge di Gortina, 3, 40-44).

(2) « In personam servilem nulla cadit obligatio »: fr. 22 pr. D. 50, 17.

(3) « Tanquam hominem quando animam efflavit, quid eum quaeras qui fuit? »: Plauto, *Persa*, 4, 4, 86.

(4) In diritto sacro il servo è soggetto idoneo: Varro, *L. L.*, 6, 24: Aristone citato in fr. 2 pr. D. 11, 7. È valido ed efficace il *votum* del servo (l'*auctoritas* del *paterfamilias* richiesta in tal caso è conferma delle cose dette, poichè s'impartisce l'*auctoritas* agli atti di coloro, che

dente differenza fra il servo e le altre « res », che il primo mentre pur rientra nelle classificazioni di questa (Ulp. 19, 1 Gai. 2, 13, ecc.), rientra anche in quelle delle persone. V. Gai. 1, 8. 9. Dopo avere detto che « omne ius quo utimur *vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* », soggiunge: « Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi ». Ed ancora al § 48 espone un'*alia divisio* de iure personarum; nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt ». Al § 49 dice: « earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate.... sunt » e al § 52: « in potestate itaque sunt servi dominorum ». Le conseguenze di tale duplice posizione del servo sono molte e importanti.

Intanto noi troviamo che il contenuto della proprietà viene sempre più limitato per riguardi di umanità: non è più lecito al padrone di incrudelire in ogni maniera contro il servo, come era un tempo (1): quando tutt'al più poteva intervenire il

---

sono *sui iuris*: fr. 2 § 1 D. 50, 12). Poi *vota* dei servi abbondano i documenti epigrafici. Con tale indirizzo del diritto sacro si spiega perchè il servo possa essere membro dei *collegia funeraticia* (e di taluni *collegia* aventi scopo religioso) fr. 3, § 2 D. 47, 22: *collegium lanuvinum* (*Corp. inscr. lat.*, XIV, 2112). *Di fatto* un simile *collegium ex tenuioribus* potrebbe constare di soli servi e non mancherebbe per questo di personalità giuridica nè di patrimonio.

(1) Plauto, *Amph.*, 2, 2, 161 : 4, 2, 10. *Asin.* 3, 2, 1 seg. *Capt.* 3, 5, 71 seg.: 5, 4, 1-3, ecc. Nei *Men.* 5, 6, 9 seg.: « verbera compedes magna crux molae lassitudo fames frigus durum : haec pretia sunt ignaviae ».

censore per frenare o reprimere abusi (Dion. 20. 13). La *lex Cornelia de sicariis* fa un delitto pubblico della uccisione del servo altrui (1) (in essa si parla di « *hominem* occidere » senza distinzione): Antonino Pio ha esteso tale pena a colui che *sine causa* uccidesse il servo proprio.

I servi che implorino aiuto contro i mali trattamenti del domino possono « causa cognita » ottenere di essere venduti ad altro padrone, « ut in potestate domini non revertantur »: Gai. 1, 48 sq., Coll. 3, 3, fr. 1, 2 D. 1, 6, *Inst.* 1, 8, 2. A favore della libertà sono numerosissime e rilevanti le innovazioni di M. Aurelio.

42. Più gravi ancora sono le modificazioni introdotte per influenza del cristianesimo. La maniera con cui la Chiesa considerava le nozze dei servi ha avuto le sue conseguenze anche nella legislazione (2). Intanto da queste unioni derivano rapporti di sangue, che ottengono riconoscimento giuridico: all'epoca classica risale il principio « serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia, aut frater et soror manumissi fuerint », § 10 *Inst.* 1, 10. Ma più avanti si spinge Giustiniano: § 10 I. 3, 6 (= c. 4, § 10, 11 C. 6, 4), che su tale « servilis cognatio » stabilisce anche un rapporto di successione, qualora — s'intende — questi

---

(1) Cf. però Brunnenmeister, *Tödtungsverbrechen*, p. 225.

(2) È singolare esempio di tradizione tenace che pur nel diritto giustinianeo si mantenga il principio della legge Giulia, che i reati di adulterio e stupro non hanno luogo se la persona passiva è di condizione servile: fr. 6 pr. D. 48, 5. Ma l'interpolazione (Eisele, *Arch. f. d. c. Pr.* LXXIX, 342) in fine del passo porge un saggio dello spirito nuovo.

cognati raggiungano la libertà. Di importanza sono pure le disposizioni dirette a salvaguardare la libertà morale delle persone servili, p. e. c. 29 C. 5, 4.

43. Il servo è capace di una *dichiarazione di volontà* ed è quindi di fatto (naturaliter) capace di compiere un negozio giuridico. Una simile capacità è anche giuridicamente riconosciuta quando si tratti di atti, con cui il servo acquista nuovi diritti, i quali vengono attribuiti a chi ne ha la proprietà o l'usufrutto: « quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt id nobis adquiritur » (Gai. 2, 87). Parimenti può il servo in tali limiti e colla stessa efficacia essere termine passivo di altrui negozii giuridici, può essere onorato di donazioni o legati; può essere istituito erede da un estraneo, ecc.

Il servo è dunque organo di acquisto del domino, di cui può far migliore, non deteriore la condizione (fr. 133. D. 50, 17). Il servo può obbligare il padrone solo quando agisca per comando (*iussus*) di lui: quindi anche l'adizione di una eredità, che al servo sia stata lasciata, non può aver luogo (per gli obblighi che seco importa) validamente se non per ordine del padrone. Un tale *iussus* è quindi sostanzialmente un affidamento dato dal padrone ai terzi. Un simile affidamento si ha *in generale per un'intera serie di affari* nei casi in cui il proprietario preponga il servo alla direzione di un'azienda commerciale o industriale (*institor*) o all'esercizio di una nave (quale *magister*). Il padrone risponde inoltre delle obbligazioni contratte dal servo (fuori dei casi testè accennati) nei limiti del vantaggio che ha ricavato dal negozio: risponde

per es. di un mutuo contratto dal servo nella misura, in cui esso è andato a profitto del suo patrimonio; ovvero nei limiti del peculio, e cioè di quella parte di beni, ch'egli ha concesso al servo medesimo in separata economia ed amministrazione (1): « quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet » (fr. 5, § 4 D. 15, 1). Sebbene teoricamente il peculio sia proprietà del domino, che sempre lo può rivocare (2), pure di fatto esso è

---

(1) Il peculio può dunque constare anche di acquisti fatti dal servo lasciati dal padrone alla sua libera amministrazione: Seneca, *Ep.* 80, 4. Notevole si è che il servo può redimersi *suis nummis* pagando col proprio peculio: v. avanti.

(2) Il peculio non revocato s'intende donato al servo, che venga manomesso *inter vivos:* « aliud in his placuit, qui testamento libertatem acceperunt »: *Vat. fr.* 261. Sebbene questo principio sia detto da Diocleziano « evidentissimi iuris » (c. 1 C. 7, 23) le *leges saeculares* insegnano (§ 21), che nella manumissione *inter vivos* (*in ss. eccl.*) il peculio non segue il liberto, ove non sia espressamente concesso. Il Bruns (*Commentario,* p. 196) ritiene che questa fosse una regola speciale della manumissione ecclesiastica; ma a dir vero senza probabilità. Il Mitteis osserva potersi trattare di una reliqua di diritti locali e adduce infatti gli esempi ellenici. Nei 400 e più documenti delfici di manumissione ove si parla del peculio dei manomessi è sempre nel senso di una esplicita concessione di esso: ὅσα δέ κα κτήσηται Δαμαρχὶς μένουσα παρὰ Θεοδώραν Δαμαρχίδος ἔστω (Wescher-Foucart, n. 133, 13 seg.): ἀποτρεχέτω ἔχουσα Ἄμιλλα ἅ κα κατασκεώσηται παρὰ Χαρίξενον (W. F., 263, 8). Padroni umani permettevano perfino ai loro servi di lasciarsi reciprocamente *mortis causa* i beni peculiari: Plin. *Ep.*, 80, 4. Pei *servi publici* (populi romani) era addirittura ammesso, che potessero testare fino a concorrenza della metà del loro peculio: Ulp. 20, 6.

considerato come un bene del servo e poichè il padrone ne ha concessa la libera amministrazione, ha con ciò stesso dato affidamento ai terzi di contrattare in quei limiti col servo medesimo.

44. Se il servo acquista la libertà rimane personalmente obbligato al risarcimento o alla pena privata pei delitti commessi a danno dei terzi « noxa caput sequitur », e viceversa può acquistare per sè l'eredità o il legato, che, disposti a suo favore, mentre era servo, gli si deferiscono dopo la conseguita libertà.

Poichè dunque il servo ha tutta la naturale capacità (purchè concorrano i requisiti di fatto) di obbligarsi e di acquistare diritti, e poichè egli di fatto viene ad avere molte volte dei beni in economia propria e separata da quella del padrone, si comprende come fra padrone e servo possano intercedere relazioni di dare e di avere: come ad es. possa il servo mutuare al padrone o viceversa, vendere, e così via. In tali casi non si produce una obbligazione civile; ma se ad es. il padrone paghi al servo manomesso il debito « naturaliter » contratto durante la schiavitù, la ripetizione del soluto è esclusa, come spiegheremo meglio parlando delle obbligazioni naturali.

45. Il servo non può stare in giudizio (privato) nè come attore nè come convenuto: l'antica procedura si oppone affatto al suo intervento. Ma anche nella procedura *extra ordinem* tale intervento è in via di principio escluso. Un passo di Ermogeniano (fr. 53 D. 5, 1), a torto accolto con dubbii e riserve da moderni scrittori, mentre le sue affermazioni si possono senza difficoltà controllare, enumera in modo abbastanza completo i casi, nei quali un servo può adire le vie giudiziarie secondo il diritto

classico degli ultimi tempi contro il proprio padrone: « certis ex causis adversus dominos servis consistere permissum ». In taluni di questi casi il servo avrà nel diritto pregiustinianeo dovuto essere rilevato da un « adsertor », trattandosi sostanzialmente di « adsertio in libertatem ». Il primo caso è quello, in cui il servo pretende che l'erede abbia soppresso il testamento, nel quale veniva a lui lasciata la libertà. Qui la concessione di *consistere adversus dominum* (derivante da un rescritto di Marco Aurelio e Commodo: fr. 6 D. 48, 10) era tanto più ovvia, in quanto che si trattava di un'accusa penale («accusatio suppressi testamenti»), la quale anche in altre ipotesi eccezionali era ammessa da parte dei servi contro i padroni (crimini di lesa maestà, di annona, di falso monetario). Un altro caso è quello, in cui « si quis (servus) dicat se suis nummis emptum »: egli può « consistere (in giudizio) cum domino suo, cuius in fidem confugit et queri quod ab eo non manumittatur ». Però se il servo non riesce nella prova « eidem domino sub poena vinculorum redditur, vel, si ipse dominus malit, in metallum damnatur » (fr. 5 D. 40, 1; fr. 38, § 4 D. 48, 19). Il patto fra padrone e servo, per cui il primo s'impegna a manomettere il secondo dietro pagamento di una somma di danaro, è di uso antico (1); la sua efficacia prima puramente morale ottenne esplicito riconoscimento giuridico per opera di Marco Aurelio, il quale, applicando un criterio da lui più volte adibito in questa materia, dispose

---

(1) Plaut., *Asin.* 3, 1, 36-7: « Etiam opilio qui pascit... alienas ovis aliquam habet peculiarem, quae spem soletur suam »: Alfeno, fr. 6 D. 40, 1.

che, mancando il domino alla fede data, la libertà dovesse competere *ipso iure*. Sicchè, sostanzialmente, il servo « consistit adversus dominum » solo per far constatare l'avveramento della condizione della sua libertà. Lo stesso ha luogo, se nel testamento fu lasciata la libertà al servo sotto la condizione « si rationes reddiderit »: il servo può « consistere » per ottenere la nomina di un arbitro, che rivegga i conti e decida se la condizione è avverata: fr. 5, § 1 cit. La disposizione risale ad Antonino Pio per le manomissioni testamentarie dirette: cf. fr. 34, § 1 D. 40, 7 e fr. 50 D. 35, 1: da Marco Aurelio (cf. fr. 1, § 7 D. 47, 4) fu estesa alla fedecommissaria (1).

46. Varie sono le cause della servitù: « servi aut nascuntur aut fiunt » (§ 4 I. 1, 3) La prima causa è dunque la nascita; è servo chi nasce da madre serva « nascuntur ex ancillis nostris », l. c. In origine si considerava come decisiva la condizione della madre al momento del parto (2), facendosi una eccezione per colui che era stato concepito

---

(1) Iul. fr. 47, § 2 D. 40, 5: « si Sticho libertas per fideicommissum data fuerit sub condicione « si rationes reddidisset » et is absente herede paratus sit reliqua solvere, praetoris (liberalis) officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur et pecuniam quae ex computatione colligitur deponat atque ita pronuntiet libertatem ex causa fideicommissi deberi... si latitavit (heres), satis erit liquere praetori per servum non stare, quominus condicioni pareat, atque ita pronuntiare de libertate oportebit ».

(2) Plauto *Capt.*, 3, 4, 96. Gai. 1, 89: « qui illegitime (fuori cioè delle giuste nozze) concipiuntur statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur ».

in giuste nozze e venisse poi messo alla luce dalla madre caduta in condizione servile (Gai. 1, 91). Ma ben presto il principio *nasciturus pro iam nato habetur, ubi de commodis eius agitur* ebbe qui applicazione e bastò che durante il periodo della gravidanza la madre fosse stata libera per qualche tempo, anche brevissimo, per dichiarare libero il nato.

Chi è nato libero diventa schiavo anzitutto per cattività di guerra (§ 4 I. 1, 3): l'istituto è dichiarato *iuris gentium* e si trova presso tutti i popoli antichi (1). Anche i Romani sono soggetti a tale vicenda, ove vengano fatti prigionieri di guerra: naturalmente essi non ammettono in tal caso che una servitù di fatto, non una servitù di diritto (*iusta servitus*). Le gravi conseguenze giuridiche in cui incorre il romano captivo non derivano dalla *captivitas* direttamente, ma dal principio che il diritto romano non vige nei paesi, in cui si estende la potestà nemica (2). Un cittadino di uno Stato estero, che non sia in verun rapporto di alleanza, egemonia o sudditanza, e che non abbia regolato per trattato le relazioni civili, è, secondo l'antico

---

(1) Plauto, *Capt.* Prol. 25; 1, 1, 26 seg., 3, 4, 59, ecc. Wallon, *Histoire de l'escl.*, I, 3, 161. Dio. Chrysost. *or.* 15, p. 242.

(2) Se quindi il *captus ab hostibus* rimette piede sul suolo romano recupera *ipso iure* libertà, cittadinanza e tutti i suoi diritti (*ius postliminii*): ciò non avviene nei casi, in cui la *servitus apud hostes* sia riconosciuta come giusta, ad es. in seguito a trattato o pei disertori o per quelli estradati dallo Stato (nell'antico diritto anche i discendenti venduti all'estero dal *paterfamilias* o i debitori venduti all'estero dal creditore).

diritto internazionale, privo di tutela giuridica e può quindi venire privato della sua libertà dal primo occupante: come i suoi beni sono oggetto di libera occupazione (1).

47. Nel diritto nuovo (in cui è segnatamente abolita (2) la disposizione del senatoconsulto claudiano, per cui la donna libera che in certe condizioni perseverava nel contubernio col servo altrui diventava serva del padrone di questo: § 1 I. 3, 12) abbiamo le cause seguenti di servitù:

1.° Il cittadino che avesse offeso uno Stato estero poteva essere dal Governo consegnato all'autorità della nazione offesa in condizione servile: fr. 18 (17) D. 50, 7;

2.° Perdeva la libertà il cittadino condannato a morte o *in metallum* « servus poenae ». Per la condanna *in metallum* Giustiniano (Nov. 22, 8) ha poi abolito la perdita della libertà, allo scopo confessato di impedire lo scioglimento del precedente matrimonio: ragione che ha minore importanza di fronte alla pena di morte, i condannati alla quale continuano a ritenersi in condizione servile;

3.° Il patrono (3) poteva domandare che il li-

---

(1) Pomp. fr. 5, § 2 D. 49, 15: « si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit. idemque et si ab illis ad nos aliquid pervenit ».

(2) Qui Giustiniano ha proprio merito nell'abolizione, trattandosi di istituto tenacemente conservatosi fino ai suoi tempi: vedi Cod. Theod. 4, 11 *per totum* e *Leges saeculares*, § 48.

(3) Purchè avesse manomesso spontaneamente, non *ex*

berto che si fosse reso verso di lui colpevole di gravi atti di ingratitudine fosse revocato in servitù.

48. La vendita di sè stesso o dei proprii figli *in servitù* (1) non è mai stata riconosciuta dal diritto romano: mentre era generalmente accolta nei diritti peregrini (2-3). « Conventio privata neque servum quamquam neque libertum alicuius facere potest »: fr. 37 D. 40, 12: « libertati, dice Costantino, c. 10 C. 8, 45 (46), a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa libertatem eripere non liceret ». Paolo, *R. S.* 5, 1, 1, c'in-

---

necessitate (sovratutto per onere di fedecommesso): c. 1 Cod. 6, 7. La « revocatio » non fu ammessa prima di Commodo; anteriori proposte fatte in Senato furono respinte: Tacito, *Ann.*, 13, 26, 27.

(1) Si hanno però nell'antico diritto le forme ridotte della *causa mancipii* e dell'*auctoramentum:* Gaio, 1, 117 segg. Cf. *Ephemeris epigraph.*, VII, 3, p. 410 s. e il commento di Mommsen, *ibid.*

(2) Le allusioni in Plauto (*Persa*, 3, 1, 10: *Bacch.*, Prol. 20, ecc.) sono da riferirsi ai suoi modelli greci: a torto è di contrario avviso il Costa, *Com. di Pl.,* p. 88. Gli « homines qui ipsi sese venditant » nel vico tusco sono verosimilmente gente che aspira all'*auctoramentum* (*Curc.*, 4, 1, 21): si potrebbe pensare anche a liberi peregrini pronti a vendersi o a vendere la propria prole: è infatti verosimile che sovratutto ai tempi repubblicani ciò fosse ammesso anche pei peregrini dimoranti nello Stato romano, purchè conforme alla loro legge nazionale.

(3) Caes., *B. G.*, 6, 13. Tacito, *Germ.*, c. 24. Per altri diritti, sovratutto ellenici, cf. Mommsen nei *Festgaben für Beseler,* 255-272. Un'eccezione fa Atene: Plutarco, *Sol.*, c. 23.

forma che coloro « qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint statui ingenuitatis eorum non praeiudicant »; non si può giuridicamente ottenere altro effetto che quello di una *locatio operarum*. Nei tempi della decadenza, sovratutto per cagione della miseria che affliggeva talune provincie. l'abuso della vendita in servitù dei figli o anche della propria persona divenne molto frequente, come si rileva dai numerosi testi delle fonti nostre che mirano a combatterlo: c. 26 C. 2, 4; c. 2 C. 3, 15; c. 12 C. 4, 10; c. 1 C. 7, 16; c. 1 C. 4, 43 (1). Lo stesso Costantino, il quale ribadisce energicamente il principio antico, è costretto a tollerare che « propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa », il padre venda la propria prole, purchè appena nata (c. 1 C. Th. 8, 5; c. 2 C. I. 4, 43): tuttavia i figli venduti possono essere riscattati mediante la rifusione del prezzo ricevuto o la prestazione di uno schiavo in loro vece e si considerano come sempre stati ingenui (2). Colui però, che maggiore di vent'anni scientemente si fa vendere come schiavo per trarre in inganno il compratore e truffare il prezzo partecipandolo col finto venditore, per una disposizione molto antica (3) dell'editto del pretore, non può più reclamare la

---

(1) Valentinian., III, Nov. 32. Costantino e Licinio in *Vat. fr.* 33.

(2) Costantino e Licinio attribuiscono però nel frattempo un *ius dominii* al compratore: *Vat. fr.* 34.

(3) Ne tratta Q. Mucio: fr. 23 D. 40, 12, ove sono da vedere altre applicazioni dell'Editto. Il contrapposto si aveva prima della *lex Iunia* pei *morantes in libertate*, servi di diritto o liberi di fatto, in quanto che il pretore denegava l'azione per rivendicarli in servitù: Gai., 3, 56.

propria libertà; si tratta in sostanza di una *denegatio actionis*, che però lo costituisce di fatto in condizione servile. La disposizione perdura nel diritto giustinianeo: v. specialmente fr. 5, § 1 D. 1, 5; § 4 I. 1, 3 (1).

49. I processi concernenti la libertà consistono o nella rivendicazione del proprio stato libero, ovvero nell'affermazione della qualità di proprio servo; nel primo caso fino a Giustiniano essi non ammettono l'intervento personale del servo; in suo luogo deve intervenire un *adsertor*. Giustiniano abolisce l'*adsertio* (c. 1 C. 7, 17) e altre particolarità dell'antica procedura che derivavano da quella (2). Si parla di una *possessio libertatis* e di una *possessio servitutis*, secondo che colui, del cui stato si tratta, al momento della lite incoata si trova di fatto in condizione di libero o di servo. Era importante sapere se si trattasse di una *petitio de libertate in servitutem* o di un'*adsertio* (Giust. « proclamatio ») *de servitute in libertatem* per determinare chi dovesse considerarsi attore e chi convenuto. Come *possessio servitutis* era considerato l'essere *dolo malo in libertate:* fr. 7, § 5 D. h. t. 40, 12: come viceversa a quello di libero era parificato l'essere per

---

(1) Marciano, di cui è il primo passo e da cui viene il secondo, dice esser questo un modo di diventare servo « iure civili »: è tale non in quanto si contrappone al diritto pretorio, ma in quanto si contrappone al *ius gentium*.

(2) Precipua l'eccezione al principio della *res iudicata*, per cui — ove non fosse stato pronunciato a favore del servo — un nuovo *adsertor* poteva presentarsi a riproporre la lite. Varie interpolazioni stanno in relazione con queste innovazioni di Giustiniano.

violenza e prepotenza altrui in condizione servile: fr. 20 D. 22, 3. Nelle Istituzioni di Giustiniano (§ 13 I. 4, 6) si pone fra le *actiones praciudiciales* anche quella, per cui si ricerca « an aliquis liber sit » e si dice che mentre le altre azioni pregiudiziali hanno origine dal diritto pretorio, *fere una illa legitimam causam habet*. Par quindi senz'altro da ammettere che pel diritto giustinianco la ricerca dello stato di libertà o di servitù si potesse fare anche in via pregiudiziale (1).

50. Lo schiavo può essere liberato dal proprio padrone (*manumissio*): l'effetto generale di tale atto è per diritto giustinianeo quello, ch'egli diventa cittadino. I modi di liberazione sono in diritto giustinianeo i seguenti:

a) il testamento. Il proprietario può dare direttamente la libertà al proprio servo, che *ipso iure* diventa libero o al momento dell'adizione dell'eredità o più tardi all'avverarsi *del termine* designato o della condizione, sotto la quale è stato manomesso (*statu liber*) (2). Il testatore può anche imporre al-

---

(1) V. la *Parafr. greca* in h. t. Pel diritto classico la cosa è molto disputata (Gajo non parla di tale *praeiudicium*, 4, 44) e le difficoltà sono per vero gravi: Lenel, *Ed. perp.*, p. 306 seg. O il *praeiudicium* « an pareat A.um liberum esse » era ammesso solo in alcune ipotesi particolari, che ignoriamo, o la notizia non è riprodotta esattamente e si tratta di un *praeiudicium* « an pareat A.um sine dolo malo in libertate esse » (v. nel testo). Ma in tal caso sarebbe un pregiudizio di origine pretoria (Diocl., c. 21 C. 7, 16) e non avrebbe « legitimam causam ».

(2) Fr. 1 pr. D. 40, 7: « statuliber est qui statutam et destinatam in tempus vel condicionem libertatem habet ».

l'erede o ad altro onorato *mortis causa* di dare la libertà ad un servo; in questo caso la causa immediata della libertà non è la disposizione *mortis causa*, ma l'atto di manomissione *inter vivos*, cui l'incaricato compie: il manomesso è liberto di quest'ultimo, mentre nel primo caso è in condizione di liberto, ma senza patrono (*libertus orcinus*). In questa seconda maniera si può far pervenire alla libertà anche un servo non proprio;

b) *per vindictam*. È un atto molto semplificato nel diritto nuovo: il padrone presenta il servo al magistrato esponendo il desiderio di liberarlo e il magistrato, ove nulla gli consti in contrario, lo dichiara libero. Già nel diritto classico non si esigeva altra solennità che l'intervento di un terzo compiacente e la pronunzia di alcune parole solenni: « adeo ut (servi) vel in transitu manumittantur veluti cum praetor aut pro consule in balneum vel in theatrum eat » (1);

c) alcune forme usuali di dichiarazione della volontà di manomettere, senza intervento di magistrati (*inter amicos, ad mensam, per epistulam*). Queste forme non conferivano prima di Giustiniano al manomesso che la condizione di latino giuniano

---

(1) Gai., 1, 20. Il significato storico della *manumissio per vindictam* è quello di una finta *adsertio in libertatem*: il domino *confitetur in iure* o abbandona la difesa. Ma sempre o per lo meno assai presto si omisero le conseguenze logiche di tale finzione (fra cui specialmente quella degli effetti retroattivi della pronunzia del magistrato). Già per Ermogeniano (fr. 23 D. 40, 2): « manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet et verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur ».

(su cui v. Gai., 1, 22-24). È però dubbio se qui a Giustiniano ridondi gran merito per la riforma o se questa non sia stata già prima di lui sostanzialmente compiuta in via di consuetudine. Sozomeno (*hist. eccl.*, I, 9), riferendosi ai tempi di Costantino, discorre della « sottigliezza delle leggi romane », le quali facevano dipendere da moleste formalità (1) il conferimento di « quella migliore forma di libertà, cui chiamano cittadinanza romana ». Ma noi abbiamo del quarto secolo varii documenti di manomissioni *per epistulam* nelle provincie, in cui non traspare alcun cenno di limitata efficacia (2). Le stesse Istituzioni giustinianee, § 3 I. 1, 5 dicono: *latinorum nomen non frequentabatur;* v. pure c. un. pr. § 1 C. 7, 6 (3).

---

(1) Questa sopratutto di recarsi alla sede di un magistrato avente il potere di ricevere un atto di manumissione *per vindictam*.

(2) V. in Curtius, *Anecd. delph.*, p. 87 e Dio. Chrysost., *Or.*, 31, p. 326 M. (citati in Mitteis, *Reichsrecht*, p. 376 seg.).

(3) In questa non mancano disposizioni transitorie (§ 13); ciò significa solo che l'imperatore non voleva innovare senza riguardo se in qualche regione fosse stato mantenuto il diritto antico. Mitteis, p. 380, osserva che chi abroga una legge deve pur formalmente considerarla come esistente. Un accenno curioso di dubbio vi ha nelle *leges saeculares*, § 21. La manomissione *inter vivos* ivi indicata è quella *inter amicos* (« avanti a testimoni »); però si aggiunge « *è meglio* che taluno manometta il suo servo o la sua serva avanti al vescovo od ai preti » (*manumissio in SS. Ecclesiis:* v. avanti). Perchè *sia meglio,* la legge non dice: pare una confusa reminiscenza di tradizioni, di cui non si ha più chiara coscienza. Piuttosto è da ritenere che la distinzione siasi mantenuta in Occidente, *Ep. Gai.*, 1, 1, §§ 2, 5.

d) la *manumissio in S. S. Ecclesiis*. Il riconoscimento di questa forma si deve a Costantino (1) : « ut in ecclesia catholica libertatem domini suis famulis praestare possint, si sub adspectu plebis, adsistentibus christianorum antistitibus, id faciant ». Si redigeva anche un atto scritto della funzione, ma questo era *ad probationem*, non *ad solemnitatem* « ut propter FACTI MEMORIAM vice actorum interponatur qualiscumque scriptura » (2). Alla *manumissio per vin-*

---

(1) Sozomeno, *loc. cit.* c. 1, C. Th. 4, 7; c. 1, 2, C. I. 1, 13.

(2) Era una volta una tesi comune quella di riannodare la *manumissio in SS. Eccles.* all'istituto del jerodulismo. Cf. sovratutto Gotofredo in *Cod. Theod.* ad c. 1 cit. Era cioè in molti diritti ellenici un modo consueto di manomissione quello di vendere o dedicare il servo ad una divinità, sotto il cui patrocinio ormai egli viveva immune da qualunque signoria umana: ἀποδιδόναι τῷ θεῷ, ecc. V. pei particolari sovratutto il Curtius, *Anecd. delph.*, p. 20 segg. e già il Foucart, *Comptes-rendus de l'Ac. des inscr.*, 1863, p. 129 segg. Qualche traccia s'è voluta vedere anche in Roma (Festo, v. *Manumitti* e v. *Puri*). La tosi abbandonata dai più recenti storici del diritto romano è stata ripresa ai giorni nostri (Mitteis, *Reichsrecht*, p. 100, 375 seg.; Girard, *Manuel*, p. 114): io dubito molto della sua bontà. Parmi che il jerodulismo sia tramontato molto prima che si costituisse la manumissione ecclesiastica: dal principio dol terzo secolo d. C. in avanti non abbiamo più traccie nè documenti del primo. Poi la manumissione ecclesiastica non implica affatto una cessione, una donaziono dol servo a Dio o alla Chiesa: è una mera dichiarazione di liberazione. Da ultimo tale manumissione è singolarmente connessa col principio cristiano: non si tratta di porre sotto il patrocinio divino, quanto di affermare l'uguaglianza di tutti i fedeli avanti a Dio e alla Chiesa e il vincolo della fratellanza cristiana.

dictam (per influenza della sua genesi storica) non potevano apporsi nè termini, nè condizioni; ciò che non è da ritenere per le altre forme di manumissioni *inter vivos*, neppure per quella ecclesiastica: « reliquendae sunt libertates *quo quisque vestrum pacto voluerit*, dummodo vestrae voluntatis evidens appareat testimonium »; c. 1 cit. In ogni caso è esclusa la condizione risolutiva.

Diocleziano (c. 2 C. 7, 22) attesta come principio già accolto (« salubris ratio iampridem suasit »), che quel servo il quale per giusta causa si trovasse da vent'anni in condizione di libero dovesse avere ormai « firmam libertatis defensionem ».

51. In taluni casi nel diritto classico più recente e nel diritto nuovo la libertà compete al servo *ipso iure*; p. es., al servo venduto perchè il compratore lo manometta (se questi non compie a tempo debito lo sua liberazione, all'*ancilla* venduta *ne prostituatur*, ove il compratore non osservi il patto, al servo gravemente infermo derelitto dal proprietario, al servo che ha scoperto gli uccisori del proprio padrone, che scopre e denuncia i falsificatori della moneta, ovvero un crimine di ratto « dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum », ovvero un disertore dalla milizia (1). Secondo i casi viene o no corrisposta al domino un'indennità pecuniaria.

Nel diritto giustinianeo rimane il divieto della legge Elia Senzia di manomettere i servi *in fraudem creditorum* (2) e quello pel domino minore di

---

(1) Dig. 40, 8; Cod. 7, 13 *per tot.*

(2) La *manumissio* è nulla: pr. § 3 I. 1, 6. Devono cospirare il *consilium fraudis* e l'*eventus* (ossia il danno effettivo).

vent'anni di manomettere senza una *iusta causa* (1) da provarsi avanti un consiglio apposito. Il minore di vent'anni manomette invece efficacemente per testamento (2).

52. Il servo manomesso dicesi *liberto*: il manomittente *patrono*. Il rapporto di patronato si trasmette ai discendenti del patrono (non si trasmette invece passivamente a quelli del liberto). Il liberto per diritto giustinianeo è di fronte al diritto pubblico parificato senz'altro ai nati liberi (ingenui): v. Nov. 78: per diritto privato egli è soggetto al patrono (3). I doveri del liberto verso il patrono sono racchiusi nella formola: *obsequium opera bona*. Il dovere del rispetto ha per corrispettivo nel patrono il diritto di coercizione domestica e quello d'invocare l'intervento dei magistrati (fr. 1 D. 37, 14); il liberto non può *sine permissu magistratus* chiamare in giudizio il patrono, e certe azioni infamanti non gli sono date contro di questo. In casi di grave ingratitudine (4) si può ottenere la *revocatio in ser-*

---

(1) Per esempio, se il servo è parente naturale del domino o suo pedagogo, ecc. § 4, 5 I. 1, 6 (*C. I. L.*, VI, 1877; XIV, 1437).

(2) Novella 119, c. 2. Una disposizione intermedia fra l'antico divieto della legge Senzia e le nuove regole, v. nel § 7 I. 1, 6.

(3) La proibizione delle nozze fra persone di rango senatorio e liberti (*lex Iulia*) fu tolta da Giustiniano (Nov. 117, 6: 78, 3). Essa è ancora diritto vigente nel Digesto: fr. 44 D. 23, 2.

(4) « Solo obsequii non praestiti velamento data libertas, rescindi non potest »: c. 30 C. 7, 16. La « revocatio » è stata introdotta forse per l'esempio dei diritti ellenici, in cui era frequente e di facile applicazione. Al diritto

vitutem. Il liberto è tenuto moralmente a prestare la *operae officiales* (la cui omissione può tutt'al più in qualche caso considerarsi quale mancanza di *obsequium*); inoltre può obbligarsi o con stipulazione o con giuramento (che in tal caso genera un vincolo civilmente efficace) a prestare anche *operae fabriles* o *artificiales*. Il pretore nel suo editto procura solo che tali opere non siano così gravi da riescire incompatibili colla largita libertà: fr. 2 D. 38, 1. Tale obbligazione non poteva assumersi che dopo la manumissione (poichè fra servo e padrone, non possono intercedere obbligazioni civilmente efficaci); « ut iuris iurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui duret et libertatis causa iurare »: fr. 7 pr. *ibid.* Il padrone prima della manumissione può farsi prestare un giuramento dal manumittendo di obbligarsi *post libertatem*: in tal caso sorge un vincolo morale che può assicurare abbastanza il manumissore. Per la *lex Iulia et Papia* era poi accordata esenzione al liberto che avesse almeno due figli nati da lui ed in sua potestà (1). Oltre le *operae* il liberto può obbligarsi a prestare in certe occasioni *donum vel munus* (Paul., *Sent.*, 2, 32, 1: *lex Iulia*, fr. 37 pr. h. t.). La liberta può anche obbligarsi a sposare il patrono:

---

ellenico non repugnava neppure la manumissione sotto condizione risolutiva: Wescher-Foucart, *Inscr. rec. à Delphes,* nn. 43, 53, 213. Resistenza del diritto romano all'influenza greca si avverte in c. 1 C. 7, 9; c. 33 C. 7, 16, ecc. V. anche Mitteis, *Reichsrecht,* pagina 394 seg.

(1) Altre ragioni di esenzione, v. per es. fr. 34 D. *h. t.* (38, 1).

tale obbligazione si può anche far valere in giudizio (1) (2).

Fra liberto e patrono esiste una reciproca obbligazione alimentaria *pro modo facultatum* (Paul., *Sent.*, 2, 32, 1.; fr. 5, § 1 D. 37, 14) (3): inoltre il patrono ha un diritto di successione sui beni del liberto, il quale non può diminuire il suo patrimonio *in fraudem patroni* (4). Della misura di tale diritto del patrono parleremo nel trattato delle successioni.

53. Il giuspatronato si estingue o per rinuncia o a titolo di pena: nel diritto nuovo anche s'estingue per atto del potere sovrano. Ove si disputi se taluno sia liberto di un altro, si ricorre ad un'azione pregiudiziale (5) « an pareat Num Ai libertum esse » o « an pareat Aum ingenuum esse » (6).

---

(1) Anche in diritto giustinianeo: fr. 29 D. 23, 2. Le questioni procedurali qui sono ardue.

(2) Nelle manomissioni *causa mortis* può ottenersi un resultato analogo mercè condizioni sospensive apposte alla libertà: fr. 4, § 4 D. 40, 7: fr. 39, § 3 e 41 pr. *ibid.*: v. fr. 13 D. 40, 4. E io ritengo che nulla si opponesse a un simile espediente pur nelle manomissioni *inter vivos* (eccetto che *per vindictam*). Esempi greci v. in Wescher-Foucart, l. c., n. 66, 77, ecc.

(3) Il liberto oltre che astretto *extra ordinem* è passibile di « coercitio »: il patrono è tenuto sotto la sanzione della perdita del giuspatronato: fr. 33 D. 38, 2.

(4) Gli atti fraudolenti di alienazione sono revocati colle azioni « faviana » e « calvisiana ».

(5) Il « praeiudicium » ha ragione di essere tanto che si pretenda la successione del liberto o si esigano gli alimenti o si desideri l'*obsequium* o si voglia che venga denegata un'*actio famosa* o si voglia agire contro chi ci ha chiamato in giudizio *sine permissu praetoris:* v. fr. 6

Non si perde la libertà pel fatto di essere ingiustamente nel potere altrui. Finchè però taluno in buona fede tiene come servo chi è libero « homo liber qui bona fide possidetur » fa suo tutto quello che il preteso servo acquista col suo lavoro o col patrimonio del possessore. Quello che perviene invece per altra via al preteso servo appartiene a lui (p. e. le liberalità dei terzi). Se il preteso servo vien manomesso, può tuttavia provare la sua ingenuità: *natalibus non officit manumissio:* § 1 I. 1, 4.

54. In una condizione particolare si trova colui che è stato da un terzo redento dalla cattività nemica (*redemptus ab hostibus*). Essi sono liberi e rimangono ingenui (poichè la cattività ostile non è *iusta servitus*), ma sono tenuti a rifondere al *redemptor* il prezzo della propria liberazione e all'uopo sono vincolati colla propria persona: « quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem condicionem detrusi esse videntur » (1).

D. 40, 14. Ma può darsi anche senza che *attualmente* sia in vista una controversia ulteriore. Circa l'onere della prova non è del tutto facile conciliare il fr. 14 D. 22, 3 da una parte e i fr. 18 pr. *ibid.* e fr. 6 in f. D. 40, 14 dall'altra: tutti i passi sono di Ulpiano.

(6) La prima si dà quando la qualità di liberto non è contestata, ma è contestato il rapporto concreto di patronato.

(1) Gord., c. 2 C. 8, 50 (51). Il *vinculum pignoris* si scioglie anche colla remissione del debito, che si assume senz'altro quando il *redemptor* sposa la *redempta*, c. 11, 12 *ibid.* Il *redemptor* come ogni altro creditore è tenuto a ricevere il prezzo offerto dal *redemptus* o da altri per lui, c. 6 *ibid.* Il *vinculum* può anche dissolversi in pena dei

55. Il colono « licet condicione videatur ingenuus, servus tamen terrae ipsius cui natus est aestimatur » (1): esso in altre parole è assoggettato al domino *pro tempore* di un fondo, dal quale non può essere distaccato (2). Di regola non può stare in giudizio contro il padrone: è necessariamente alienato insieme al fondo e non può essere affrancato. Può contrarre liberamente matrimonio (3), acquistare e possedere, ma la facoltà di alienare è molto ristretta, considerandosi il suo patrimonio a garanzia dell'imposta e del canone (4).

Il colonato ha origine per nascita (da padre o madre coloni) (5) o da spontanea dedizione (6), da prescrizione trentennale acquisitiva a favore del *do-*

---

mali trattamenti usati dal *redemptor* (c. 7 *ib.*). Se il *redemptus* non ha mezzi e altri non paga per lui, compensa il *redemptor* colla prestazione del proprio lavoro per un periodo, che Onorio ha limitato a cinque anni (c. 20 *ib.*).

(1) C. 1. § 1 C. 11, 52, [51]. Teoricamente sono liberi, di fatto sono talora in condizioni di schiavi: Salviano, *De gub. Dei*. 5, 9, 45: « quos constat esse ingenuos vertuntur in servos ». Cf. c. 1, § 1 C. Th., 5, 9: Nov. Valent. III, tit. 30, § 5. Karlowa, *Röm. R. G.*, I, p 919.

(2) *Quodam aeternitatis iure*, c. 1 C. 11, 51 (50). Rivendicazione del colono: c. 1 C. Th. 5, 9.

(3) Però v. c. 24 C. 11, 48 (47). Nov. 22, 17.

(4) Non era uguale la condizione in proposito di tutte le classi di coloni: c. 19, 23, § 1 C. 11, 48 (47). Nov. 162, 2.

(5) Anche da uno schiavo e da una colona, c. 16, 24 C. 11, 48 (47). Eran schiavi i figli di un colono e d'una schiava: c. 21 *ib.* Pei figli di un colono e di una libera, v. Nov. 162, 2 dopo varie oscillazioni.

(6) In date forme: Nov. Val. III, tit. 30, 1, §§ 5, 6: c. 22 pr. — § 2 C. 1, 3; Nov. 123, 4, 17.

minus loci. I mendicanti validi sono attribuiti come coloni a colui che li ha denunciati. Si libera il colono, se acquista il fondo, cui aderisce, ovvero se perviene all'episcopato (1).

56. Una distinzione molto importante anticamente era quella fra cittadini e non cittadini, in cui si dividevano gli abitanti dell'impero. Le concessioni individuali e collettive della cittadinanza divennero sempre più numerose, finchè una costituzione di Caracalla dispose che «in orbe romano qui sunt» diventassero cittadini romani (2). Tale costituzione non dovette essere così genericamente redatta, come si potrebbe ritenere in base al brevissimo cenno di Ulpiano; intanto non furono abolite le categorie dei latini giuniani, de' liberti deditizii, di coloro che per condanna penale avevano perduta la cittadinanza; si ha grave ragione di credere che la costituzione non si riferisse ai cantoni non ordinati in forma di «civitas» (3) (come in Egitto, in Corsica, in Sardegna, nelle Alpi). Anzi la costituzione non poteva concedere la cittadinanza che ai *peregrini* attualmente esistenti nell'impero: non erano quindi da ritenere cittadini i discendenti dei liberti deditizii, dei deportati ecc., e neppure le popolazioni incorporate più tardi per amore o per forza

---

(1) Non più per prescrizione estintiva: c. 20 pr. C. 11, 48 (47).

(2) Fr. 17 D. 1, 1 cfr. Dion. 77, 9. Errore è l'attribuzione ad Antonino Pio nella Nov. 78, 5.

(3) Mommsen, *Staatsrecht*, 3, 1, p. 699 seg. L'esistenza di diplomi imperiali posteriori a Caracalla, che conferiscono a veterani la cittadinanza romana, si può anche spiegare pensando a barbari d'oltre il confine arruolati nell'esercito.

nell'impero. Tuttavia è certo che (anche per la sempre decrescente importanza della distinzione) o per successive costituzioni o per tendenza costante della prassi, la qualità di cittadino fu sempre con maggior larghezza attribuita agli abitanti dell'impero (1). Giustiniano dichiara abolita anche in teoria la latinità e la condizione di *dediticii*: sicchè a' suoi tempi non vi sono altri « peregrini » nell'impero che i condannati, che sono divenuti *apolidi* (2), gli stranieri che vi dimorano e alcune popolazioni barbariche degli estremi confini dello Stato (3).

57. Poco nota è la condizione giuridica dei non cittadini secondo il diritto giustinianeo. Certa è la loro esclusione dai diritti politici. Molto probabile è che i non cittadini abitanti dei distretti di confine continuassero a valersi del loro diritto nazionale, salvo per quei punti, in cui la sua applicazione fosse vietata siccome contrastante all'ordine pubblico. In genere è detto nei Digesti, che i peregrini « ea quidem quae iuris civilis sunt non habeant, quae iuris gentium sunt habeant » (fr. 17, § 1, cit.). La più grave conseguenza è per gli *apolidi* quella di non poter fare testamento, nè di ricevere in forza di esso.

---

(1) Donde ῥωμαῖοι si dicono pur gli abitanti dell'oriente ellenico e i due concetti di « elleno » e di « romano » si compenetrano talmente, che il traduttore siriaco delle *leges saeculares*, volendo dire che le ha prese da un testo greco, dice che le ha traslate *menamlo rumiajo* (ex lingua romaea). Sarebbe erroneo (escluso affatto dalle ultime ricerche) pensare davvero col Land a un testo latino.

(2) § 2 I. 1, 16 — fr. 17, § 1 D. 48, 19. Sono i *deportati* e i *dati in opus perpetuum*.

(3) Mommsen nell'*Archiv* di Wattenbach, 14, p. 526 seg.

58. Nel diritto pri vato è in più modi limitata anche la condizione dei *filiifamilias*; ma di essa diremo parlando della *patria potestas* nel trattato del diritto di famiglia.

59. La libertà, la cittadinanza e la famiglia sono i tre elementi che formano il *caput* del cittadino romano. Lo stato di famiglia, come a suo tempo vedremo, appartiene anche a colui che non sia in potestà di alcuno e non abbia veruno nella sua potestà: egli è principio e fine della sua famiglia. Chi perde lo stato di libertà, di cittadinanza e di famiglia cessa giuridicamente di essere quello che era prima; perde il *caput*, ossia subisce una « capitis deminutio » (1). Si ha la *capitis deminutio maxima*

(1) *Deminutio* o *diminutio* è lo stesso: venga la testa tagliata via, tagliata in due, sempre si ha lo stesso risultato: non parmi che abbia ragione l'Eisele, *Beiträge zur röm Rechtsg.*, VIII, nell'insistere sulla grande differenza di significato. Circa il significato originario, io non sono alieno dall'accogliere il risultato del Kalb, *Philologische Wochenschrift,* XVIII, 938 seg., per cui la primitiva *deminutio capitis* sarebbe proprio quella che il console Bruto della leggenda fece subire a suo figlio: cfr. Plauto, *Men.*, 304; *Most.*, 266; Ter., *Ad.*, 571 e il notissimo emistichio enniano *cere comminuit brum. Caput* significa proprio « testa » e indi per *sinecdoche* « persona »: *capite censi* son quelli che nel censo figurano solo per le indicazioni personali, non per le patrimoniali. Togliere la persona dalla lista del censo o da quel foglio delle liste censuarie sarebbe stato un *deminuere caput.* La morte non si chiama nel linguaggio giuridico, neppure se avviene per condanna, *capitis deminutio*; ma è da notare come sarebbe stato superfluo designare con apposita formula che qui il subbietto di prima non esiste più. Al Kalb è sfuggito un passo di Gajo (3, 153) tanto più significante, in quanto che discorre della minima diminuzione di capo: « civili ratione capitis deminutio morti coaequatur ».

quando il cittadino (1) perde la libertà; la *media*, quando perde la cittadinanza (2); la *minima* quando perde lo stato anteriore di famiglia (per arrogazione o emancipazione, ecc.). Questa tricotomia non s'è fissata che tardi: in origine ogni « deminutio capitis » aveva lo stesso effetto, nel senso che il subbietto o ente di prima con tutte le sue relazioni giuridiche si considerava come non più esistente. Tale effetto fu più tardi e a poco a poco temperato in varie maniere, direttamente e indirettamente, come vedremo parlando delle successioni, delle obbligazioni e dei diritti di famiglia (3): nel diritto giustinianeo gli effetti della *minima capitis deminutio* si riducono relativamente a poco, sovratutto dopo l'abolizione del principio consacrato ancora nel fr. 1 pr. D. 7, 4 (4).

60. Nel diritto giustinianeo, il quale non fa in questa parte che determinare i risultati di una prassi

(1) La *capitis deminutio* nel suo tecnico significato non si applica che al cittadino, ed è detto chiarissimamente in Gai., 1, 159 e § 1 I. 1, 16. Per questa, e non per questa sola ragione, io non posso accogliere la restituzione di Mommsen del § 160 di Gajo (lib. I).

(2) Intendi *romana*. Nei diritti latini vigeva lo stesso principio, come provano, a mio avviso, luminosamente le eccezioni espresse nei capi 22 e 23 della legge salpensana. Ma se può discorrersi di una *capitis deminutio* di diritto latino, niuna ragione permette che si confonda con quella romana.

(3) Cf. intanto Ulp., *fragm. berol.*, 2. Gai., 4, 38 — fr. 8, 9 D. 4, 5.

(4) La distinzione della *capitis deminutio media* dalla *maxima* è sovratutto recente: v. ad esempio il Voigt, *Die XII Tafeln*, II, p. 27 seg. Cfr. Pernice, *Labeo* I, p. 172 seg.

anteriore, sono stabilite determinate categorie di infami coll'aiuto del catalogo di coloro, che il pretore nel suo editto non ammette a postulare per altri in giudizio (1), fatta eccezione per poche persone in editto stesso indicate. Gl'*infami* nel diritto giustinianeo sono appunto esclusi e dal *postulare pro aliis* e dalle funzioni amministrative. È però ovvio che tali categorie di infami non comprendono tutte le persone, che col loro contegno si siano rese indegne della stima dei concittadini (*personae turpes*). Vi ha in altri termini per usare la terminologia delle scuole una *infamia facti*, che eccede i confini della *infamia iuris*. Ad esempio contro i genitori ed i patroni non si danno azioni infamanti (di dolo ad es.), ma si provvede con azioni « in factum », in modo che essi non si trovano nella categoria pretoria di coloro che sono condannati per dolo, ingiuria, ecc. Ma « licet verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, *re tamen ipsa et opinione hominum* non effugiunt infamiae notam ». come dice Giuliano, fr. 2 D. 37, 15. Questa « turpitudo » può avere influenza anche sulla condizione giuridica delle persone (oltre che sulla condizione di fatto, in quanto toglie il credito, rende sospetta la testimonianza, ecc.); v. nel trattato delle successioni quanto diremo sui limiti della *querela inofficiosi t.*

61. Alcuni diritti privati possono essere tolti a titolo di pena, come ad es., il diritto di contrarre matrimonio fra il rapitore e la rapita, il diritto di testare e di ricevere per testamento. o anche più in

---

(1) Fr. 1 D. 3, 2, ma v. Gai., 4, 182 e Lenel, *Ed. perp.*, p. 62 seg.

generale a causa di morte (come pe' figli de' rei di lesa maestà, c. 5, § 1 C. 9, 8 ; per gli apostati, i manichei, i donatisti, gli anabattisti e — in più mite misura — per gli eretici in genere: c. 4, § 2, 3, 5 C. 1, 5; c. 3 C. 1,6; c. 3 C. 1,7, ecc.).

62. Da ultimo è da ricordare che « in multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum » : fr. 9 D. 1, 5. Tali differenze sono però nel diritto giustinianeo molto temperate, come avremo occasione di ricordare, trattando dei singoli istituti.

63. Si deve distinguere poi la capacità di diritto da quella di fatto, poichè non tutti coloro che sono pienamente capaci di diritti (e cioè di avere dei diritti) possono per la loro condizione compiere ogni atto giuridico.

Ai casi finora accennati di incapacità di diritto si deve aggiungere (secondo il diritto nuovo) quello del monaco dopo l'ingresso definitivo nel monastero. Egli perde ogni capacità patrimoniale: « cessa di essere padrone dei propri averi » (Nov. 5, c. 5), e se non ha disposto altrimenti — meno una parte che « ope legis » si devolve ai figli e meno i diritti del coniuge che rimane nel secolo — i beni stessi si devolvono al monastero. L'interdizione del prodigo si può parimenti ricordare a questo luogo; di essa vedremo più largamente nel trattato della curatela (1).

---

(1) Secondo l'Audibert i prodighi per cui il pretore nomina un curatore (fuori dei casi letteralmente compresi nella formola dell'antico decreto di interdizione Paul., *Sent.*, 3, 4, 7) sarebbero stati considerati come naturalmente incapaci per assimilazione ai mentecatti (*Folie et prodigalité*, 2.ème partie: cf. Ubbelohde nella *Grünhut's*

64. L'uomo non comincia ad essere che colla nascita perfetto (c. 3 C. 6, 29), ossia colla totale separazione dall'alvo materno. Prima egli — secondo la generale dottrina per cui non vi è soggetto nè oggetto di diritto che non sia anche materialmente autonomo — non è che « portio mulieris vel viscerum » (fr. 1 D. 25, 4): « homo non recte — dicitur » (fr. 9 § 1 D. 35, 2). Non importa invece se la separazione sia avvenuta in modo naturale o per operazione chirurgica (fr. 12 pr. D. 28, 2). Occorre naturalmente che all'istante della perfetta separazione il parto sia vivo (fr. 129 D. 50, 16: « qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur ») (1): per di più deve avere forma umana (2).

Ztschr., IV, 521 seg.); ma v. in contrario la critica esauriente di Appleton, *Revue générale du droit* (1893, p. 232-260).

(1) In diritto giustinianeo è abbandonata affatto l'opinione dei proculiani che, secondo tradizioni antichissime e — pare — di carattere religioso, esigeva il vagito come prova della *vita*: Giustiniano richiede solo « si vivus ad orbem totus processit »

(2) Non è quindi uomo il « monstrum vel prodigium »: Paul., *Sent.*, 4, 9, 3-4 (fr. 14 D. 1, 5): c. 3 C. 6, 29. All'uopo si richiede che venga procreato « contra formam humani generis: converso more ». Non basta qualche imperfezione, mancanza o duplicazione di organi, ecc. V. i testi cit. Varii romanisti parlano anche del requisito della vitalità: non sarebbe da considerarsi come nato chi non sia nato vitale. Il criterio della vitalità dovrebbe poi desumersi o principalmente o esclusivamente della maturità del feto secondo la durata della gestazione (v. pure il Windscheid, *Pand.*, I[7], p. 126 seg.). Nelle fonti giustinianee non v'è nulla che comprovi tale requisito; poichè evidentemente la massima che non si ha per legittimo il

Abbiamo poi già veduto come si riservino al nascituro diritti « in toto paene iure civili » (fr. 26 D. 1, 5), « cum de ipsius iure quaeritur » (fr. 231 D. 50, 16). Il diritto protegge quindi l'interesse del nascituro; se non nasce poi la persona viva, si fa chiaro che quell'interesse non esisteva, e tutto si ha quindi come se quella « riserva » non ci fosse stata (c. 2 C. 6, 29, ecc.) (1).

---

figlio nato prima di 180 giorni dalla conclusione del matrimonio (« septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis »: fr. 12 D. 1, 5; Hipp., *De victus rat.*, 1, 1) non implica che non si abbia a ritenere come uomo agli effetti giuridici chi nasca eccezionalmente prima. Cf. la c. 3 cit., fr. 12, § 1 D. 28, 2. *Abortus* nella c. 2 C. 6,29 si può benissimo. anzi si deve intendere, di chi non sia nato vivo: v. sopratutto Savigny, *System.*, 2, 385 seg.; Vangerow, *Pand.*, I, § 32 Nè contro il Savigny parmi persuasiva l'esposizione del Wächter, *De partu vivo non vitali* (Lipsia pars. I-V: 1863-1866). Qualche difficoltà può recare il testo di Paul., *Sent.*, 4, 9, 1, per cui al conseguimento del *ius liberorum* occorre che la madre « vivos et *pleni temporis* pariat ». Ma qui si tratta di uno speciale istituto, che nel diritto nuovo non è conservato.

(1) È quindi un *rapporto di pendenza*, come quello del *captus ab hostibus* (il paragone è delle fonti). Costui attualmente in signoria ostile non può essere subbietto di diritto romano; ma può ridiventarlo col *postliminium*. Il diritto quindi tutela i suoi interessi in questa evenienza. Se il *captus* non torna e muore *apud hostes*, l'interesse si rivela inesistente e tutto si risolve in nulla. La confusione di idee che regna in questa materia si manifesta nella strana teoria, che fa del nascituro una *persona giuridica* (Rudorff, note a Puchta, *Pand.*, § 114 *b*). E il *captivus?* Cf. Pernice, *Labeo*, 1, 196. Si avverta che come qui viene in considerazione l'esistenza *potenziale*

65. La persona umana cessa colla morte. La morte si prova da chi pretende di derivare diritti da tale avvenimento (come, viceversa, deve provare che taluno sia vivo o lo sia stato a un'epoca determinata chi da tale circostanza intende derivare delle pretese giuridiche), e la prova è in diritto romano assolutamente libera. Noi non troviamo nulla di simile alle attuali disposizioni e presunzioni in caso di assenza (1). Il giudice riterrà morto l'assente, quando parrà a lui moralmente certo che più non sia vivo: cfr. pel modo di considerare la cosa fr. 10 D. 23, 2; fr. 2, § 4 D. 29, 3; Nov. 117, 11.

66. Il diritto giustinianeo conosce alcune regole per dirimere l'incertezza circa il rapporto cronologico di più morti avvenute nel medesimo infortunio: può essere di grave momento lo stabilire chi fra più persone sia morto prima, chi poi, per stabilire anche l'ordine e l'indirizzo delle successioni: molte volte la pretesa di un diritto si fonda sulla circostanza che uno sia sopravvissuto all'altro o viceversa. Ove tali regole non trovino applicazione, vale il principio già esclusivamente vigente nel diritto classico, che chi non riesce a dare la prova del fatto determinante non può ottenere il riconoscimento del diritto che ne dipende: « si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur

---

del subbietto giuridico, che *attualmente* non è che *portio matris,* analogamente come vedremo, viene in considerazione l'esistenza *potenziale* dell'oggetto giuridico, che *attualmente* sia parte integrante di un altro.

(1) Bisogna però avvertire che uno dei principali casi di assenza, quello della *captura ab hostibus,* ha effetti giuridici proprii ben determinati.

alter alteri supervixisse » (fr. 18 pr. D. 34, 5) (1). Tali regole sono, che ove periscano nella stessa circostanza (senza che si conosca l'ordine delle morti) genitore e figlio, si deve ritenere perito prima il figlio, *se impubere,* altrimenti il genitore. Esse sono state introdotte per via di interpolazioni, estendendo qualche « constitutio personalis », con cui in casi specialissimi imperatori anteriori avevano creduto di favorire nella successione del figlio la madre agli agnati (2). Si fa eccezione pel caso,

---

(1) Cf. fr. 9, § 3 D. 34, 5 la dote è presso gli eredi del marito: agli eredi della moglie tccca dunque la prova della condizione loro più favorevole, che cioè il marito sia premorto: fr. 16 pr. *ib.*: fr. 18 pr. *ib.* (nei fr. 8, 16, 17 *ib.* si parla di morti effettivamente contemporanee): fr. 32, § 14 D. 24, 1 (gli eredi del coniuge donante per *condicere* devono dare la prova che « prior vita decesserit qui donatum accepit »), fr. 34 D. 36, 1; cf. fr. 26 D. 39, 6 (in fr. 9 pr. D. 34, 5; fr. 34 pr. e 42 pr. D. 28, 6 il caso è considerato diversamente, ma senza relazione alla presente questione: si tratta, del resto, di vera commorienza).

(2) « Cum bello pater cum filio periisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum »: fr. 9, § 1 D. 34, 5 (Tryph.). Non si comprende davvero di fronte a tale *constitutio personalis* quanto è scritto nel § 4 *ib.*: tanto meno che la regola potesse già asseverarsi come generale e indubitata da Cassio o Giavoleno (fr. 22 *ib.*) con motivazione di gusto prettamente bizantino (*humanius est credere*). Si aggiunga che per d.° classico non vi sarebbe stata differenza nella fattispecie di questi passi negli effetti successorii, poichè la premorienza avrebbe importato delazione e non acquisto: Ferrini, *Presunzioni,* n. 21 segg. (*Riv. it. per le sc. giur.,* XIV, 286 segg.). Il fr. 23 (Gajo) è sospetto anche per la forma: « priorem intellegitur »: « ne-

in cui, mancando il figlio, la successioue spetterebbe al patrono; allora si ritiene premorto il figlio in ogni caso « reverentia patronatus suggerente » (1). I tentativi di varii romanisti di estendere siffatte presunzioni vanno senz'altro respinti (cf. Savigny, *System.*, II, pag. 20 seg.): pur nel diritto giustinianeo si tratta di « ius singulare ».

67. Di fatto la capacità dell'uomo a compiere atti giuridici può subire delle restrizioni od essere anche eliminata da ostacoli. Non son capaci di agire giuridicamente il *furiosus* nè il *demens* (*mente captus*) in quanto si trovino impediti nelle loro facoltà mentali (2): cfr. fr. 40 D. 50, 17. Gai., 3, 106, ecc. Al

catum » a proposito di naufragio è della decadenza (cfr. it. « an-negare »), non del tempo gajano. Nel fr. 26 pr. D. 23, 4 si fa il caso di questo patto dotale: « si filia superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret; quod si vivente matre filius obiisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret ». La donna perisce *in naufragio cum anniculo filio.* La decisione è che « *quia verisimile videbatur ante matrem infantem periisse*, virum partem dotis retinere placuit ». Io ho già altrove notato come sia sospetta la parte della motivazione che ci riguarda. Il giurista verosimilmente contemplava un caso di commorienza effettiva.

(1) Anche qui siamo davanti a emblemi: il testo parlava di effettiva commorienza e in tal caso tutto è in ordine senza invocare la « reverentia patronatus »: cf. fr. 17, § 7 D. 36, 1 che è genuino fino alle parole: « quia non est verum filium eius supervixisse ». Il resto del passo è interpolato: notevole che qui non si abbia alcuna distinzione fra la *pubertas* e l'*impubertas* del figlio. V. su tutta questa materia le mie *Presunzioni in diritto romano*, num. 23 seg.

(2) Sulla differenza fra *furiosus* e *mentecaptus*, v. nel trattato della curatela.

furiosus è nelle nostre fonti assimilato l'*infans* (Gai., 3, 109, ecc.).

Nel diritto giustinianco l'infanzia cessa ai 7 anni (1): nel diritto classico la durata di essa era stabilita di volta in volta dal giudice, tenendo conto dello sviluppo individuale. *Infans* è colui che non è ancora in grado di parlare correntemente. Il fanciullo superiore all'infanzia diventa pubere a 14 anni (2), la fanciulla a 12. Nel periodo intermedio si distingue per influenza di Salvio Giuliano il *proximus infanti* (3) e il *puberbati proximus* (4). La distinzione qui è sempre rimasta lasciata al criterio del giudice. A 25 anni abbiamo la maggiore età e a 18 anni la così detta *plena pubertas*. Vedremo parlando dei singoli diritti le conseguenze di queste varie distinzioni di età.

68. La condizione dell'uomo nel diritto è in più modi determinata dai rapporti di parentela. La parentela (*cognatio*) è la relazione di sangue che interviene fra persone provenienti dallo stesso capostipite (5). sia che l'una derivi dall'altra (linea retta: ascen-

---

(1) Per un caso isolato già in una costituzione del 407 (c. 8 C. Th. 8, 18). Nei Digesti le interpolazioni in senso generale sono abbastanza visibili: fr. 1, § 2 D. 26, 7: fr. 14 D. 23, 1: cf. Buhl, *Salvius Julianus*, I, p. 150 segg.

(2) Così è decisa nel diritto giustinianeo — secondo del resto una prassi anteriore — l'antica controversia mentovata in Gaio, 1, 196.

(3) Gai., 3, 109, § 10 I., 3. 19.

(4) Fr. 4, § 26 D. 44, 4. V. su tutto questo il Buhl *loc. cit.*

(5) Fr. 1, § 1 D. 38, 8: « cognati autem appellati sunt quasi *ex uno nati*, aut... quasi commune nascendi initium habuerint ». Cf. fr. 4, § 1 D. 38, 10.

denti e discendenti), sia che entrambe derivino da una terza (linea trasversale: collaterali) (1). Il rapporto di cognazione si misura per gradi: la regola è che si contano tanti gradi quante sono le generazioni intercedenti. In primo grado è congiunto il figlio al padre o alla madre; in secondo i fratelli tra loro; in terzo zio e nipote; in quarto i cugini, ecc. Questo rapporto di parentela è in diritto giustinianeo il fondamento dell'ordine di successione legittima, delle tutele legittime, ecc., quando si fondi sopra giuste nozze (2). È questo il resultato di un lungo procedimento storico (3) per opera del quale la *cognatio* nel senso accennato si sostituì all'*adgnatio* (« adgnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes eiusdem familiae ») (4). L'agnazione come tale ha nel diritto giustinianeo, dopo le riforme delle Novelle, pochissima importanza.

La parentela può essere semplice o plurima: è plurima se due persone sono fra loro legate da più di un rapporto di sangue. Per es. se due cugini sposano l'uno la sorella dell'altro, i loro figli sono rispettivamente congiunti tanto per linea mascolina quanto per linea femminina: se due donne sposano

---

(1) Fr. 1 pr. § 1 D. 38, 10.

(2) La *cognatio* meramente *naturalis* (fr. 4, § 2 D. 38, 10), che ha luogo per la procreazione fuori di matrimonio, non ha altro effetto che di produrre impedimenti matrimoniali e limitato diritto di successione e di alimenti.

(3) Nov. 115, 118.

(4) Ulp., 11, 4; cfr. 26, 1. Definizione migliore è la seguente: agnati sono coloro, che si trovano o si troverebbero nella stessa potestà, se vivesse il comune capostipite: v. nel trattato della famiglia.

ciascuna il figlio dell'altra, i figli che ne derivano sono e zii e nipoti al tempo medesimo (1). Giustiniano nelle sue Istituzioni ha dato una tabella comoda per la computazione dei gradi di parentela (§ 9 I. 3, 6): perduta nel testo latino, essa è stata conservata nella parafrasi greca (2), donde la riproduciamo (3), traducendo in latino le varie denominazioni (4).

L'affinità è il rapporto che lega fra loro i conjugi (5) e un coniuge coi parenti dell'altro (6). Si possono naturalmente indicare i gradi dell'*adfinitas* (7): ma tali gradi non sono proprii dell'affinità come tale (8): sono quelli della cognazione; si è

---

(1) Sugli effetti dell'adozione, v. nei trattati della famiglia e delle successioni.

(2) V. Ferrini, *Sugli stemmata cognationis: Rendic. Ist. Lombardo* 1897: ivi anche qualche accenno sulla relazione fra questo stemma e gli anteriori.

(3) La si vegga alla pagina seguente.

(4) *Institutionum graeca paraphrasis*, ed. Ferrini (Berlino 1884-1897), vol. II, p. 498 seg. Per le singole denominazioni e ulteriori nozioni, v. fr. 10, § 12 segg. D. h. t. 38, 10.

(5) Vat. fr. 302 « ... adfinium personae, ut... vir et uxor ». Per anticipazione è detto *adfinitas* anco il rapporto fra gli sposi: Vat. fr. cit.: fr. 8 D. 12, 4: fr. 38, § 1 D. 22, 1 (qui veramente si parla di « adfinitas sperata »: se prima si dice « renuntiata adfinitas » per indicare la risoluzione degli sponsali, è addotto l'effetto per la causa).

(6) Fr. 4, § 3 D. 38, 10.

(7) « Cognatorum gradus et adfinium »: fr. 10 pr. D. *ibid.*

(8) « Gradus autem adfinitati[s] nulli sunt », fr. 4, § 5 D. *ib.*

Tabella dei gradi di parentela.

					tritavus 6	tritavia 6					
				patruus maximus 6	atavus 5	atavia 5	amita maxima 6				
			patrui maioris filius (1) 6	patruus maior 5	abavus 4	abavia 4	amita maior 5	amitae maioris filius 6			
		patrui magni nepos 6	patrui magni filius 5	patruus magnus 4	proavus 3	proavia 3	amita magna 4	amitae magnae filius 5	amitae magnae nepos 6		
	patrui pronepos 6	patrui nepos 5	patrui (2) filius 4	patruus avunculus 3	avus 2	avia 2	amita matertera 3	amitae (3) filius 4	amitae nepos 5	amitae pronepos 6	
fratris abnepos 6	fratris pronepos 5	fratris nepos 4	fratris filius 3	frater 2	pater 1	mater 1	soror 2	sororis filius 3	sororis nepos 4	sororis pronepos 5	sororis abnepos 6
					filius	filia					

nepos 2	neptis 2
pronepos 3	proneptis 3
abnepos 4	abneptis 4
adnepos 5	adneptis 5
trinepos 6	trineptis 6

(1) *et filia:* come dove c'è *nepos, etc.* è da sottintendere *neptis, etc*
(2) Qui e negli altri gradi collaterali sottintendi *vel avunculi.*
(3) Qui e negli altri gradi collaterali sottintendi *vel materterae.*

affini con altra persona nel grado, in cui questa è parente del coniuge.

69. Tutta Italia era suddivisa in « civitates » e nel periodo classico la medesima organizzazione era penetrata anche nelle provincie; sicchè tutti gli appartenenti all'impero fanno di regola parte anche di una tale comunità. La partecipazione si determina secondo l'*origo* e secondo il *domicilio*. Per l'origine appartiene alla *civitas* il figlio legittimo di padre cittadino o il figlio naturale di madre cittadina; il figlio adottivo di un cittadino (finchè dura il rapporto di adozione), il manomesso di un padrone cittadino e finalmente colui, cui è dalla rappresentanza comunale concessa la cittadinanza. Si può dunque per *origo* appartenere a più *civitates;* può anche avvenire che l'*origo* non determini città alcuna, come era pel *liberto* |*dedítizio*, ecc. Il domicilio è il luogo della stabile dimora e del centro dei propri affari. Esso è scelto liberamente; un domicilio necessario può esservi tuttavia per ragioni di ufficio, ad esempio pei militari, pei relegati. La moglie ha il domicilio del marito. Può essere che uno abbia più domicilii (fr. 5, 6, § 2; 27, § 2 D. 50, 1); come può essere che non ne abbia alcuno.

Gli effetti dell'appartenenza ad una *civitas* sono: *a*) quello di sopportare i pesi relativi, a cui corrisponde il diritto di essere eletto alle cariche cittadine. I pesi sono i « munera personalia » e « patrimonii »; poichè quelli inerenti al possesso di un fondo sono indipendenti dalla qualità di *civis* e anche da quella di *incola*. Vi sono molte ragioni di immunità o di scusa; *b*) quello di determinare il *forum originis* o domicilii. Il primo valeva solo quando il convenuto vi dimorasse realmente.

70. L'interesse, cui la norma protegge, può anche

appartenere ad una pluralità di uomini congiunti insieme *per fini collettivi;* siccome l'interesse collettivo non è la somma numerica degli interessi dei singoli, così anche i diritti della comunità non sono una semplice addizione dei diritti individuali; anzi può esservi un'antitesi fra il diritto collettivo e l'interesse individuale e viceversa: « si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod universitas debet singuli debent »: fr. 7, § 1 D. 3, 4 (1). Donde la conseguenza che l'ente collettivo permane identico, nonostante l'aggiungersi, il venir meno di alcuni individui o il continuo mutarsi dei componenti (fr. 76 D. 5, 1: fr. 7, § 2 D. 3, 4; cfr. *Corp. inscr. lat.*, X, n. 444). Tale ente collettivo dicesi « universitas ». Gli esempi più cospicui sono lo Stato, i Comuni e i collegi (« corpora ») (2): nel diritto nuovo si aggiungono la Chiesa universa e le varie comunità di carattere ecclesiastico. Tali entità collettive costituiscono *per-*

---

(1) Possono esservi relazioni giuridiche e processi fra la comunità e i singoli membri; cfr. fr. 1, § 15 D. 36, 1: fr. 9 D. 3, 4: « si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae indicium inter vos redditur ». Cfr. fr. 6, § 1 D. 1, 8.

(2) « Corpus » di regola s'intende di collettività private (cf. anche Windscheid, *Pand.*, I, § 57, n. 4). I trattatisti non hanno però osservato che in un passo di molta importanza per la nostra materia Livio parla di « corpus civitatis » (26, 16): cf. Tac., *hist.*, 1, 12: Cic., *de off.*, 1, 34, § 124. L'Editto però distingueva fra i « municipes » e la « universitas » (corporazione volontaria): si deve ai compilatori se nelle fonti i *municipes* appaiono come una specie di *universitas* (Gradenwitz, *Grünhut's Ztschr.*, XVIII, 337 seg.).

sone come gli individui: ossia *soggetti di diritto* (1): il soggetto è uno, nonostante la pluralità di coloro, che concorrono a costituirlo: « si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi ». Viceversa le denominazioni che si scambiano di « municipium » e « municipes », « colonia » e « coloni » (v. i citati passi dei gromatici) provano che non è una personalità astratta, ma la collettività vivente che viene in considerazione. Cfr. Cipriano, *Ep.*, 68, 5: « Corpus suum panem vocat de multorum granorum adunatione congestum, populum nostrum quem portabat indicat adunatum ». Premesso un breve cenno sui singoli enti collettivi, che nel diritto romano figurano come persone, diremo del modo con cui essi operano, si costituiscono e vengono meno.

71. Lo Stato è il modello su cui si è informata in gran parte la dottrina romana in questa materia (2). Esso appare fornito di tutti i diritti possibili

---

(1) Fr. 9, § 1 D. 4, 2: « sive *singularis sit persona* quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus... ». I gromatici parlano di « persona publica », « persona coloniae » (p. 16, 9; p. 54, 23; p. 80, 1; p. 85, 29, p. 86, 1, 8, ecc.). Il fr. 22 D. 46, 1, dove si parla di « sustinere vicem personae » è interpolato, almeno per quanto concerne la menzione di enti collettivi. Questi non sostengono le « veci » di alcuno. La frase si spiega riferita alla *hereditas iacens* e completata così: « personae defuncti vicem sustinet ». L'*her. iac.* non è persona e in quale senso si parli di essa in tal modo, vedremo poi.

(2) Fr. 1, § 1 D. 3, 4 « ... ad exemplum rei publicae... ». L'antica dottrina non concepisce però lo Stato come un *corpus*: v. da ultimo Pernice, *Parerga*, IX, in *Ztschr. d. Sav. stift.*, 19, 140 seg.

in un ente collettivo: ha patrimonio, contrae obbligazioni, dà la libertà agli schiavi e diventa patrono dei liberti, raccoglie eredità e legati, esercita perfino la tutela (1). La possibilità di una distinzione fra il patrimonio dello Stato e quello dei cittadini è determinata dalla istituzione della cassa pubblica (*aerarium*): questa è in certo modo la personificazione economica del popolo romano (2). Nelle nostre fonti ci appare lo Stato nella denominazione di « fiscus » (succedanea a quella di « aerarium ») (3): il fisco ha varie « stationes »; ma queste non sono che organi diversi dell'unica amministrazione finanziaria dello Stato (4).

72. Le *civitates* (*municipia, coloniae*) hanno una organizzazione analoga a quella dello Stato; anzi parecchie erano *Stati* autonomi prima di essere incorporate nella gran massa dell'impero. La loro capacità fu però notevolmente ristretta, specialmente negli ultimi tempi repubblicani, per ragioni di ordine politico; per ragioni di uguale natura essa si allargò poi favorita dalla legislazione imperiale

(1) Val. Max., 6, 6. *Corp, inscr. lat.,* I, n. 474.

(2) Pernice, *Labeo*, 1, 266.

(3) Qualche confusione è nel Windscheid, I, § 57 e in altri moderni.

(4) Quindi « liberari fideiussores quotiens fiscus tam creditori quam debitori, licet diversis stationibus, succedit, ius certum est »: c. 2 C. 8, 42 (43). Cfr. c. 1 § 1 C. 10, 5 La c. 1 C. 4, 31 non prova certo il contrario. Poichè se è stabilito « compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit », ciò dipende puramente da considerazioni amministrative per evitare facili equivoci: « propter confusionem diversorum officiorum ».

Questa varia tendenza è sovratutto visibile in ordine alla capacità di acquistare per legato o fedecommesso (1).

73. Antichissima è l'origine di corporazioni di arti e mestieri in Roma; la leggenda la fa risalire al tempo dei re: molto addietro risalgono anche collegi di carattere religioso. Per le dodici tavole siffatti collegi possono regolare mediante statuto i loro interni rapporti, ben inteso, « dum ne quid ex publica lege corrumpant » (2). Tali corporazioni si estendono sempre più nella vita romana: abbiamo collegi sacerdotali, collegi funeraticii, collegi di artefici e professionisti per la tutela di comuni interessi, collegi di speculatori (*societates publicanorum:* per l'appalto delle imposte, per l'esercizio delle miniere, delle saline, ecc.). Tutte queste corporazioni hanno *res communes* e sovratutto « arcam communem »; hanno un « actor » o « syndicus », « per quem tamquam in re publica quod communiter agi fierique oporteat agatur fiat » (fr. 1, § 1 D. 3, 4). Ogni collegio ha il proprio statuto (3): per analogia

---

(1) Ulp., 24, 28. Cfr. pure fr. 14 D. 50, 12. Plin., *Ep. ad Tr.*, 39, § 3. Circa le eredità, nel diritto classico le città possono solamente « iure patronatus » succedere ai proprii liberti; solo dopo Costantino è riconosciuto loro in genere il diritto di divenire eredi.

(2) Fr. 4 D. 47, 22. Pare che la legge usasse le parole « sodales » e « pactio ».

(3) Non si conosce un *collegium* senza statuto (*lex collegii*) (Savigny, *Syst.*, 2, 245), come non si conosce un *municipium* senza *lex municipalis*. Cfr. ad es. la *lex* del collegio funeraticio di Lanuvio (*Corp. inscr. lat.*, XIV, n. 2112), lo statuto di quello dei « negotiatores eborarii et citrarii » di Roma (Bruns, *Fontes*[6], p. 356 seg.).

si parla della « respubblica collegii »: i membri di esso formano la *plebs collegii*, a cui si contrappongono i rivestiti di cariche e la Giunta amministratrice (*ordo*): *ordo* e *plebs* formano insieme il *populus collegii*. Il collegio è organizzato intorno all'*actor* o *syndicus*, che costituisce il parallelo coi magistrati della « civitas ». La sua azione nei limiti dello statuto obbliga il collegio: di fatto la responsabilità di questo non può eccedere i mezzi della cassa comune: fr. 8 D. 3, 4. Del resto un collegio può avere ed ha non di rado più *actores:* la determinazione in proposito pende dallo statuto, come pure quella delle regole per l'ammissione dei membri (1), la loro uscita o radiazione dall'albo (2), gli oneri e i vantaggi inerenti alla qualità di membri, i limiti dell'autorità degli amministratori, la competenza delle assemblee, le norme per le votazioni, e così via (3). La cassa del collegio è alimentata dai contributi (d'ingresso e periodici) dei membri, dalle *multe* loro inflitte, dalle spontanee liberalità di essi o di estranei. Il *collegium* si costituisce liberamente per la volontà dei compartecipanti e senza intervento dello Stato. A questo proposito occorre però ricordare che una *lex Iulia* proibì e abolì tutti i *collegia*, eccettuati i vecchi

---

(1) Per es. lo statuto citato dei fabbricanti di mobili di lusso (avorio e cedro) vieta l'ingresso a chi non sia della indicata professione. Cfr. Plinio, *ad Trai.*, ep. 33, 3.

(2) Anche la radiazione dall'albo dell'*ordo*, per cui il punito passa nella « plebs collegii »: v. statuto citato.

(3) Cfr. ad es. gli statuti citati. Pei limiti posti dalla « lex publica » alle *pactiones* dei *sodales* in questa materia, v. ad es. fr. 3, § 1 D. 47, 22.

riconosciuti da legge o consuetudine (1). Le disposizioni della legge Giulia (o di due leggi di tal nome) probabilmente destinate a valere solo per Roma furono poi estese a tutto l'impero, mercè senatoconsulti e costituzioni imperiali (fr. 1 pr. D. 3, 4): cfr. fr. 1 pr D. 47, 22 e fr. 3 pr., § 1 *eod.*

Fra' *collegia* non disturbati dalle nuove disposizioni figurano certo le antiche corporazioni di arti e mestieri, che si dicevano istituite per legge regia e i collegi sacerdotali istituiti per legge (2). Altri collegi non possono costituirsi che coll'autorizzazione esplicita dello Stato.

È inutile quasi avvertire che tale autorizzazione non è punto un « conferimento di personalità giuridica », una « erezione in ente morale »; essa non ha altro significato che di togliere ogni ostacolo per ragione politica (3). Si noti anzi, come anche un

---

(1) Svetonio, *Caes.*, 42, dice che G. Cesare « cuncta collegia *praeter antiquitus constituta* distraxit », e *Octav.*, 32, che Augusto « collegia *praeter antiqua et legitima* dissolvit ».

(2) Di regola si parla di senatoconsulto; incerto è se qui il Senato faccia uso del suo potere generale di dispensa ovvero adempia un ufficio attribuitogli dalle leggi eversive. Anche il principe può autorizzare un *collegium:* cfr. Plin., *ad Trai.*, ep. 33 seg. e in generale fr. 3, § 1 D. 47, 22: « ex senatusconsulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatusconsultum et mandata et constitutiones collegium celebrat [ur] ».

(3) L'avere proprietà, diritti, ecc. è una conseguenza diretta (*proprium est*) dell'essere un *collegium.* La questione politica è se un dato « collegium » debba esistere: fr. 1 pr. D. 3, 4. Avere costituito un « collegium illicitum » era materia di « crimen extraordinarium ».

collegium illicitum, finchè non sia ravvisato tale e quindi disciolto, ha una giuridica esistenza: questa sembra la più naturale interpretazione del fr. 3 pr. D. 47, 22. In un caso però (quello dei « collegia funeraticia ») l'autorizzazione fu data in maniera generale, una volta per sempre.

Tale autorizzazione fu data per senatoconsulto (il testo è preposto allo statuto del citato collegio lanuvino), interpretato da costituzioni imperiali: fr. 1 pr. D. 47, 22. Tali *collegia* erano leciti fra *tenujores*, che conferissero una modica « stips menstrua ». Queste disposizioni rimangono sostanzialmente immutate nel diritto nuovo, dove però abbiamo un fatto di grave importanza, che è la libertà piena concessa a tutte le associazioni ecclesiastiche che si vengono formando nel cristianesimo: conventi, monasteri, associazioni di fedeli sotto gli organi della gerarchia ecclesiastica colla loro visibile manifestazione in un tempio (*ecclesiae*). Tutto ciò, oltre al riconoscimento amplissimo della personalità giuridica della Chiesa universa considerata come l'assieme dei cristiani (*catholicum venerabile concilium*) (1).

74. Sotto gl'imperatori pagani la Chiesa come tale non aveva naturalmente giuridico riconoscimento; l'organizzazione dei fedeli a scopo di un culto non riconosciuto nello Stato non poteva a meno di considerarsi quale *collegium illicitum*. Una forma però di associazione rimaneva libera ai fedeli,

---

(1) « Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens quod optavit relinquere » (Const. c. 1 C. 1, 2): v. poi molte costituzioni nel Cod. 1, 2 e 3.

quella di « collegium funeraticium » (v. sopra) ed i fedeli appunto ne hanno approfittato. Anzi si narra perfino di una vittoria di un *collegium funeraticium* cristiano contro la società dei cuochi favorita da un rescritto di Alessandro Severo (1). Gallieno con una sua costituzione aveva reso ai vescovi cristiani i cimiteri stati tolti alla comunità nel periodo delle persecuzioni (2) (*τὰ τῶν καλουμένων κοιμητηρίων ἀπολαμβάνειν ἐπιτρέπων χωρία*). L'Editto costantiniano del 313 parla addirittura della capacità giuridica e in particolare di quella di acquistare e di possedere del « corpo » o « collegio dei cristiani »: *σωμάτιον, σύνοδος τῶν χριστιανῶν* (Eus., 10,5). L'Editto attribuisce al *corpus* (*σῶμα*) *τῶν χριστιανῶν* non solo i luoghi delle loro adunanze, ma tutti i beni che non spettano ai singoli fra di loro (*οὐ πρὸς ἕκαστον αὐτῶν διαφέροντα*), ma che sono di diritto del corpo stesso (*πρὸς τὸ δίκαιον τοῦ αὐτοῦ σώματος*): Eus., *ib.* E nella lettera al proconsole d'Africa lo stesso imperatore parla dei possessi delle chiese singole (*ἅπερ αὐταὶ αἱ ἐκκλησίαι πρότερον ἐσχήκεσαν*, ecc.) (3).

75. Il collegio, quando sianvi le condizioni volute, sorge per la volontà delle parti. Almeno tre membri occorrono per fondarlo, giacchè altrimenti non vi sarebbero le condizioni pel suo retto funzionamento, che — come anche meglio vedremo — presuppone che possa formarsi una maggioranza:

---

(1) *Vita Alex.*, c. 49, 6.

(2) Euseb., 7, 13.

(3) Per esempio dei diritti di chiese singole cfr. anche il documento nel *Corpus papyrorum* di Vienna, n. 1578 I p. 55: l. 8-9).

fr. 85 D. 50, 16. Talora la fondazione di un *collegium* è promossa dalla stessa autorità pubblica (arg. Plin., *ad Trai.*, ep. 33), ma ciò non toglie che essa appaia come una libera convenzione dei partecipanti, che assecondano quella iniziativa.

76. Cessa di esistere il collegio nei seguenti casi:

a) col venir meno di *tutti i suoi componenti* sia per morte, sia per ritiro spontaneo (1) o forzato: « sed si universitas ad unum rediit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri (rimane naturalmente « actor »), cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis ». Ciò ha specialmente importanza nel caso in cui sia sperabile che il *collegium* si ricomponga per l'ingresso di nuovi partecipanti; negli altri casi giova fermare il principio che quel diritto che prima era collettivo e che potrebbe ridiventare tale ora è rappresentato dal solo superstite, che avrà quindi le azioni della *universitas*. Pur essendo egli solo l'attuale membro del collegio, il patrimonio di questo non si confonde col patrimonio suo: il diritto mantiene questo patrimonio in vista dell'interesse collettivo di coloro che a norma dello statuto possono accedere alla corporazione (2). Ove egli pure venga meno, s'aprirà il concorso dei creditori sui *bona* della *universitas:*

---

(1) Quindi se tutti i componenti deliberano di sciogliere la corporazione. Così avvenne pel collegio funeraticio di Alburno, *Corp. inscr. lat.*, III, 2, n. 924

(2) Questo non è più arduo a intendersi di quello che sia la conservazione della *hereditas* in vista del domino futuro; è anzi meno arduo, poichè qui abbiamo nel frattempo chi è parte della *universitas* e ne può esercitare i diritti.

essi non avranno alcun diritto verso il suo patrimonio personale;

b) colla dissoluzione da parte dello Stato. Qui non deve pensarsi ad un semplice disconoscimento della capacità giuridica (della personalità): lo Stato che vede in alcune associazioni un pericolo per l'ordine pubblico non intende tollerarle neppure nella esistenza di fatto (1).

In questo caso dipende dalla stessa legge eversiva la determinazione delle sorti del patrimonio dell'ente disciolto. Pei *collegia illicita* ci è direttamente attestato, che dopo la loro dissoluzione il patrimonio è lasciato ai componenti, perchè se lo dividano fra di loro: fr. 3 pr. D. 47, 22: « permittitur iis pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri ». Questo trattamento, ove non sianvi particolari disposizioni, è da estendere al caso della eversione da parte dello Stato di collegi prima riconosciuti da lui. In proposito non abbiamo molte notizie. Onorio abolisce uno dei collegi prima più favoriti, quello dei dendrofori, ch'era divenuto un rifugio del cadente paganesimo: i beni sono in parte confiscati, in parte concessi alla Chiesa, in parte a privati (c. 20 § 2 C. Th. 16, 10). Forma più generale è data alla stessa legge nel codice giustinianeo; vi si dichiarano « incamerati » i beni dei disciolti collegi sacerdotali pagani, pur facendo menzione di particolari dispo-

---

(1) V. le notizie intorno ai provvedimenti di Cesare e di Augusto: Trai., *ad Pl.*, 34. Qualche cosa di analogo al disconoscimento della personalità si trova in misure anticamente deliberate contro « civitates », che di fatto non potevano distruggersi: Liv., 26, 16.

sizioni, con cui talora questi beni furono assegnati alla Chiesa o a privati (c. 5 C. 1, 11).

77. Rimane ora da vedere come possa giuridicamente operare la persona collettiva. È chiaro che se l'operare giuridico presuppone intelligenza e volontà dell'operante, non vi è una « volontà » o « intelligenza collettiva », come invece vi può essere un interesse collettivo: in fatto non vi è che una pluralità di intendimenti e di voleri, che non assorgono ad unità neppure pel fatto che eventualmente siano concordi. L'interesse collettivo è determinabile oggettivamente, mentre intendere e volere sono fatti eminentemente individuali. Questo è ben inteso dai giuristi romani, i quali mentre parlano di beni comuni, di comune utilità, affermano che è impossibile una volontà collettiva (ossia della collettività *come tale*). V. fr. 1, § 22 D. 41, 2: « municipes... *universi* (cioè, come « collettività ») « consentire non possunt » (1). Occorre dunque che siano stabilite determinate persone la cui azione sia decisiva per la comunità (tanto più che — come s'è visto — solo parzialmente può all'uopo servire l'opera dei servi della comunità: si pensi poi che la collettività come tale non può impartire un *iussus*): « quibus... permissum est corpus habere... proprium est ad exemplum reipublicae habere... actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica quod communiter agi fierique oporteat agatur fiat » (fr. 1, § 1 D. 3, 4). Come s'è visto, il modo di agire dell'amministratore o degli amministratori è indi-

(1) Ulp., 22, 5: « neque cernere universi possent » (*municipes*). Anche in fr. 1, § 1 D. 38, 3 si ribadisce dei *municipes*, che « consentire non possunt ».

cato dallo statuto, che fissa anche i limiti della competenza; che determina — come la *lex municipalis* — quando debba consultarsi l'*ordo* (1) e quale numero di voti occorra nel caso concreto. Di regola basta la maggioranza; in certi casi occorre una maggioranza qualificata e finalmente in altri occorre l'unanimità (2).

78. È chiaro come l'*actor* non possa rappresentare la comunità in ciò che è puramente o prevalentemente di fatto: cfr. quanto diremo parlando del possesso: ed è parimenti chiaro come la collettività *come tale* non possa commettere delitto, nè incontrare le conseguenze giuridiche di un delitto. Avremo bensì un delitto degli amministratori o dei partecipanti; non mai un delitto della *universitas*.

Non vi può essere un « dolo » della collettività come tale e non vi può essere rappresentanza nei delitti. Cfr. fr. 15, § 1 D. 4, 3: « quid enim municipes dolo facere possunt?... De dolo autem decurio-

---

(1) Interessante è il documento del 266 (*Corpus papyrorum*, I, p. 166 seg.) che concerne un affitto fatto dalla città di Ermopoli. La *κρατίστη βούλη ἑρμουπόλεως* agisce per via di rappresentanza *διὰ κορελλίου ἀλεξάνδρου*. Nei *collegia* talora è convocata l'assemblea generale (*populus*), il che nei tempi più recenti non suole più accadere nelle *civitates*: per es. nel Collegio lanuvino: « arbitrio quinquennalis (il magistrato collegiale) *et populi* funerabitur ».

(2) Per la *lex municipalis* occorre per le *civitates* che siano presenti almeno due terzi dei decurioni (*legitimus numerus*): fr. 2, 3 D. 50, 9: c. 45 C. 10, 32 (31). Questa è la « maior pars », a cui allude Scevola (fr. 19 D. 50, 1): « quod maior pars effecit, pro eo est ac si omnes egerint » (cfr. fr. 160, § 1 D. 50, 17).

num in ipsos decuriones dabitur de dolo actio ». Ciò non toglie che se il provento del delitto sia pervenuto alla collettività, questa sia, se occorrono i rimedii idonei, tenuta a restituirlo: quindi si dà l'*actio quod metus causa* (*in rem scripta*) contro la *civitas*, se i suoi amministratori hanno colle minaccie estorto un vantaggio ad un privato (fr. 9, § 1, 3 D. 4, 2): cfr. fr. 4 D. 43, 16 (1). *Noxaliter* risponde poi l'*universitas* dei delitti dei proprii servi.

79. Il diritto romano classico non conosce la fondazione nel senso moderno, quale patrimonio cioè immediatamente destinato a fini determinati e duraturi, amministrato da persone fisiche. Sulla natura della fondazione, secondo i resultati del complessivo sviluppo giuridico romano, diremo poi: qui sarà opportuno accennare brevemente ai mezzi indiretti, con cui secondo il diritto classico si mirava allo scopo. Pel diritto classico ogni diritto e quindi ogni patrimonio deve avere un soggetto individuale o collettivo, e poichè nel caso nostro gl'interessati non sono idonei a tale funzione (2), non resta che attribuire l'ufficio ad una persona esistente (e — perchè trattasi di scopi duraturi — ad una persona collettiva): i beni vanno a far parte del patrimonio di questa e l'erogazione che da essa deve farsi in conformità allo scopo costituisce un onere gravante

---

(1) V. da ultimo Ferrini, *Diritto penale romano* (Hoepli 1898), pag. 125 seg.

(2) Non è possibile neppure ammettere un fedecommesso a loro favore, quando la disposizione sia contenuta in atto di ultima volontà: cfr. Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 50

sul medesimo (1). V. ad esempio la fondazione (per legato) « in tutelam viae Aureliae »: fr. 30 D. 31 (2): fondazioni (per legato) a scopo alimentare: *Corpus inscr. lat.*, V, 5262 « in alimenta republicae legavit » (3) o ad altri scopi duraturi (4-5). Come in que-

---

(1) Bisogna però avvertire che per le fondazioni istituite con atto di ultima volontà ciò non fu possibile, prima che fosse riconosciuta la facoltà dei Comuni e indi in genere dei *corpora* di acquistare legati. Per lo innanzi non vi era altro modo che quello di obbligare i proprii successori al pagamento di annualità, ecc. Il Comune poteva naturamente essere termine di una disposizione modale: fr. 6, fr. 20, § 1 D. 33, 1. I lasciti fatti ai templi non hanno carattere diverso da quelli mentovati nel testo: il subbietto onorato è o il popolo romano o il collegio sacerdotale: cfr. sovratutto intorno a Ulp. 22, 6 quanto ha detto il Pernice, *Labeo*, I, 260 seg.

(2) L'interpolazione finale (Ferrini, *Legati*, p. 164) non concerne il punto che qui c'interessa: *C. I. L.*, XII, n. 1882.

(3) Cfr. *Corp. inscr. lat.*, X, n. 5056 (*Atinatibus... legavit*): III, n. 6998 *suppl.* (testamento di Onesimo) « patriae meae... dari volo »: VIII, n. 1641 « municipibus meis Cirthensibus Siccensibus... dare volo ».

(4) Distribuzioni di sportule, banchetti, giochi: « colonis barcinonensibus » (*C. I. L.*, II, n. 4511) « reipublicae barcinonensi » (*ib.*, n. 4514): Gabii, « secundum exemplum codicillorum Claudii Vitalis », *C. I. L.*, XIV, n. 2795, VIII, n. 1858, ecc. Notevoli sono alcune analoghe disposizioni a scopo di culto: *C. I. L.*, XIV, n. 2934 « civibus praenestinis omnibus (e cioè alla città di Preneste) dari boloex massa praenestina kasam... ita ut ad memoriam meam per singulos annos sine dubio colant spiritum meum ». L'epigrafe è di età tarda (consolato di Arcadio e Bautone), ma ha esempi anteriori: cfr. *C. I. L.*, XII, n. 731 « legavit utriculariis corporatis Arelatensibus testamento suo... ut ex usuris e(orum) omnibus annis sacrificio ei parentetur ».

(5) La corporazione o, più spesso, la repubblica, è da

sti casi abbiamo legati modali, così *inter vivos* la disposizione assume figura di donazione modale: il *corpus* è il donatario, il soggetto dei beni coll'onere di erogare le rendite allo scopo indicato. V. ad esempio la donazione di Fadio Secondo Musa al *collegium fabrorum* di Narbona (1), quella di P. Orazio Criserote al collegio dei seviri augustali di Ostia (2), e così via (3).

I mezzi patrimoniali necessari allo scopo sono in tutti questi casi forniti o dagli interessi di somma pecuniaria o dai redditi di un fondo (4). La regola è che i beni sono dati in proprietà al *corpus* (5): non si ha esempio di usufrutto costituito all'uopo (che ad ogni modo non avrebbe potuto durare oltre un secolo). Il donante suole naturalmente pretendere un esplicito atto di accettazione degli oneri da parte della rappresentanza dell'ente donatario: se appena la donazione è di qualche entità, l'uso è di pubblicarla con tutti i pesi relativi per via di epi-

---

sottintendere anche nelle relazioni, che sembrano parlare di immediata erogazione: *C. I. L.*, III, n. 1717 « testamento fieri iussit »; ma poi si dice *fisco* (*civitatis*) *intulit.* Cfr. Pernice, III, 1, 59. Così io spiego il legato di una prestazione annua a favore dei « pueri ingenui Iuncini » e delle « puellae ingenuae Titianae » ricordato dalla lapide *C. I. L.*, II, n. 1174. V. per altri esempi di espressioni meno esatte: *C. I. L.*, III, n. 6829 « pecuniam destinavit per testamentum ad certamen gymnicum quotannis faciendum »: V, n. 7454, ecc.

(1) *C. I. L.*, XII, n. 4393.

(2) *C. I. L.*, XIV, n. 367.

(3) Cito a caso: *C. I. L.*, VIII, n. 262, n. 1485; IX, n. 23, 3160; X, n. 451; V, n. 4489, ecc.

(4) Le due alternative in Plinio. *Epistulae*, 7, 18.

(5) Pernice, *l. c.*, p. 153.

grafi (1). Se non che il *corpus* potrebbe o revocare le deliberazioni già prese circa gli oneri o trascurarne di fatto l'adempimento (2): gl'interessati non avrebbero in alcun modo azione. Uno de' mezzi più comuni per astringere indirettamente a osservare gli oneri è quello di far passare in caso di inosservanza il patrimonio ad un altro ente. Ne' Comuni latini in ispecie tale clausola è frequente e all'uopo troviamo adibita la stipulazione, come non è sfuggito agli editori del *Corpus* (XIV, p. 596): cfr. n. 367, 431 (Ostia), n. 2793 (Gabii: la *stipulatio* è sottintesa), n. 2795 *ibid.* (3). Si presenta ovvia la osservazione che qui si avrebbe una *stipulatio alteri* inutile per diritto romano (4). Ma la difficoltà si può

---

(1) Cfr. i numerosi esempi delle note precedenti. Cfr. ad es. *C. I. L.*, X, n. 4643; XII, n. 4393; XIV, n. 353, 2795, ecc.

(2) *C. I. L.*, XIV, n. 2795: « si ullo tempore intermissum esset quominus praestaretur id quod ordo decrevisset aut si ordo (il Consiglio comunale di Tuscolo) rescidisset decretum suum mutassetve condicionem... ».

(3) Ad es. n. 367 « excepta stipulatione (ut) ex usuris semissibus... summae s(upra) s(criptae) quodannis idibus Martiis natali suo inter praesentes hora (secunda) usque ad assem dividiatur... quotsi ita factum non erit, tum ea (sestertium XL.) m(ilia) n(ummum) dari rei p(ublicae) Ost(ien-sium) sub eadem condicione qua s(upra) s(criptum est ».

(4) Così il Pernice, *Labeo,* III, 1, p. 157. Nelle fondazioni *mortis causa* la difficoltà è minore, il testatore può ricorrere, se non ad una *translatio* (non possibile in caso di condizione resolutiva), ad un fedecommesso condizionale: v. il caso analogo in fr. 38, § 5 D. 32. Notevolissimo si è che l'ente ivi designato per la devoluzione è la « respublica Tusculanorum » (come nella disposizione *inter vivos, C. I. L.*, XIV, n. 2795).

rimuovere pensando che un rappresentante dell'ente prestinato (anche un *servus publicus*) stipuli *sub condicione* (1). Non si può dubitare poi, che (cominciando dal secondo secolo), ove fosse interessato un municipio, in via amministrativa e per opera in ispecie del *curator reipublicae* (2) si appianassero molti ostacoli, che avrebbe importato la pura applicazione del diritto privato.

80. A tali generali requisiti rispondono anche le c. d. fondazioni alimentari fatte da privati; il modo tenuto da Plinio è stato quello di donare de' fondi alla città di Como e riprenderli gravati da un *vectigal* di molto inferiore al loro reddito, e così « ager ipse.... semper dominum (3) a quo exerceatur inveniet». Come si vede, donatario è il municipio comasco coll'onere di adibire il reddito del *vectigal* ad una determinata funzione (4). E, come bene ha veduto il Pernice, neppure le grandi istituzioni ali-

---

(1) Nella lapide ostiense, *C. I. L.*, XIV, 325 si dice che se non si osserveranno dal *collegium* onorato le disposizioni del donante, il suo rappresentante « summa s(upra) s(criptas) rei public(ae) refundi sic pactus est ». Io credo che il *pactum* indichi appunto il contesto in forma libera della convenzione, a cui si aggiunge nel modo consueto la clausola stipulatoria, qui sottintesa.

(2) Pernice, *l. c.*, p. 158 seg.: fr. 13, § 1 D. 50, 12: fr. 5 pr. D. 50, 10.

(3) Espressione inesatta (Plinio, *Epist.*, 7, 18), seppure non è in rapporto alla nota controversia toccata in Gaio, 3, 145.

(4) Era naturale preferire un *municipium*, per cui furono anzitutto ammessi gli *agri vectigales:* Gai., *l. c.* Che tali fondi potessero considerarsi come inalienabili da parte dei Comuni (Pernice, p. 163), non è senza analogia (*lex Iulia Gen.*, 82).

mentari imperiali costituiscono « fondazioni » nel moderno significato della parola.

Qui non abbiamo le *civitates* quali enti intermediarii; anzi le *civitates* medesime si trovano fra i *possessores* dei fondi all'uopo *obligati*. Piuttosto è da considerare che qui il subbietto è lo stesso imperatore; è il fisco che dà a mutuo i denari ai *possessores*, è il fisco che ha il credito corrispondente; è un funzionario del fisco che esige gl'interessi e li devolve alla cassa alimentare, che non è che un dipartimento dell'amministrazione fiscale (Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 1079, n. 5; Pernice, *l. c.*, p. 167). Quale fosse la precisa natura del vincolo che astringeva i fondi, non importa per l'attuale trattazione.

81. Se durante il periodo pagano non troviamo ancora la fondazione autonoma, troviamo però accentuata la tendenza a diminuire l'importanza del subbietto del patrimonio destinato allo scopo, a deprimerlo e a contenerlo nel mero ufficio di amministratore. A questo resultato non si arriva completamente che nell'età cristiana per le istituzioni di carità. Il concetto delle costituzioni imperiali è spesso oscillante; ora sembra che subbietto giuridico del patrimonio destinato allo scopo pio sia la Chiesa (e precisamente la diocesi) (1), ora invece troviamo

(1) Questo concetto forse non è mai del tutto in teoria abbandonato e così si spiegherebbe perchè nelle fonti non appare rilevata la grave innovazione del riconoscimento di patrimonii senza soggetto. A es. nella c. 45 (46) § 1 C. 1, 3 troviamo uguagliato il caso di chi lasci per erigere una chiesa e quello di chi lasci per erigere un ospedale. Non vi ha dubbio che nel primo caso il subbietto giuridico che raccoglie i beni lasciati sia la Chiesa. La Chiesa ha per funzione e ufficio suo la carità non meno del culto, e

la istituzione considerata come autonoma e messa alla stregua medesima dei veri subbietti di diritto (1).

82. Qui evidentemente il soggetto di diritto manca. L'interesse degno della tutela giuridica vi ha certamente (2), ma questo interesse non è intera·

---

l'idea dell'imperatore sembra in fondo quella che anche nel secondo caso la Chiesa raccolga i beni come proprii: l'autonomia non sarebbe che amministrativa. Ciò ricorderebbe l'istituto della cassa alimentare nei riguardi col fisco. Non è poi da negligere la parificazione fra il lascito per un ospedale e il lascito di una somma pei poveri o per redimere i captivi (senza scopo di istituzione duratura). Qui i beni sono raccolti dalla Chiesa che è il vero erede o legatario; essa cura poi l'adempimento delle intenzioni del testatore, che rientra senz'altro nelle sue ordinarie attribuzioni. Per diversa via giunge a conclusione non molto lontana il Brugi, *Atti Ist. Veneto*, VII, 7, p. 1064 seg.

(1) *Leo et Anth.* c. 32 (33) § 7 C. 1, 3 pongono nella stessa linea la « ss.ae ecclesiae orthodoxae fidei » e gli « xenodochia sive ptochotrophia » e nella c. 34 parlano insieme degli « orphanotrophia, asceteria, ecclesiae, ptochotrophia, xenodochia, monasteria » e della « *res* EORUM ». Giustiniano parla della eredità, legati, fidecommessi, donazioni, contratti a favore della « ecclesiae », ovvero « venerabilibus xenonibus vel ptochotrophiis vel monasteriis... vel orphanotrophiis vel brephotrophiis vel gerontocomiis necnon iuri civitatum », c.23 pr. C. 1, 2. È singolare che lo stesso imperatore (c. 22 pr *ib.*), quale denominazione collettiva per tutti questi enti, adoperi il termine *consorzio*.

(2) C. 34 pr. C. 1, 3 cit.: « valde etenim hoc videtur esse necessarium, cum exinde sustentatio vel educatio orphanis atque egenis et usibus ecclesiasticis ac ptochotrophiis vel asceteriis comparetur »; c. 45, § 6, « cum sit communis pietatis ratio ».

mente assunto da veruna persona fisica e collettiva, non essendo la serie indistinta degli interessati raccolta in un *corpus* (1). Il diritto nuovo non ritiene però degni di questa tutela immediata che grandi interessi pubblici (di beneficenza e di religione); vigilano anzitutto i vescovi come quelli che esercitano una pubblica funzione in questo campo della carità. Sarebbe certo un errore il considerare l'istituto medesimo quale subbietto: l'istituto in quanto è rappresentazione astratta della nostra mente non è idoneo all'uopo, e in quanto è materiale apparato per il conseguimento dello scopo non è nè idoneo nè necessario, esistendo la fondazione anche prima ad es. che venga eretto l'edificio destinato a raccogliere gl'infermi (2). Ben è vero che nelle fonti romeo-cristiane si parla di tali istituti come di subbietti giuridici: si dice (3) che ad essi è dato «nomen et ius heredum», che possono «hereditatem nancisci», che possono «actionem movere», «debita exigere» e devono «creditoribus respondere» [c. 48. § 3, 4 cit]. Ma tutto ciò è da assumere come una breviloquenza (4). Il risultato dello svolgimento

---

(1) Ecco perchè l'ospedale può ad es. raccogliere un lascito generico a favore dei poveri: c. 48, § 3 C. 1, 3: « ubi autem indistincte pauperes scripti sunt heredes, ibi xenonem eius civitatis omnimodo hereditatem nancisci et per xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii distributionem... Quis enim pauperior est hominibus, qui et inopia tenti sunt, et in xenone repositi et suis corporibus laborantes necessarium victum sibi non possunt afferre? ».

(2) V. anche c. 45 § 1 C. 1, 3: « cum sit possibile et domum conducere et infirmos illic in lectis sternere donec opus aedificii xenonis seu hospitalis compleatur ».

(3) C. 48, § 4 C. 1, 3.

(4) Nella c. 3, § 3, C. 7, 37. Giustiniano dice: « *variis per-*

è dunque che non è sempre necessario che un diritto o un complesso di diritti abbia un soggetto, poichè vi sono interessi ben degni di tutela giuridica, se anche non vi ha la persona individuale o collettiva che tale interesse in sè interamente comprenda ed esprima. Naturalmente il patrimonio così tutelato non può essere amministrato, difeso, sviluppato che coll'istituto della rappresentanza e per opera di individui: vi sono all'uopo *xenodochi, ptochotrophi* [c. 32, § 7 cit.), e così via: finchè l'impianto non sia organizzato vi ha l'azione del vescovo il quale è considerato come il legittimo rappresentante di tali imteressi e funzioni sociali. Esso deve instare perchè vengano conferiti i beni destinati perchè si dispongano i mezzi all'uopo e indi nominare gli amministratori (1). Nominati questi, cessa la diretta ingerenza dei vescovi, i quali non hanno più che un ufficio di sorveglianza (2). Il vescovo ne-

---

sonis iam donasse... et maxime sacrosanctis ecclesiis et *xenonibus et ptochotrophiis* et episcopis et monachis et *aliis innumerabilibus personis* ». Non credo però che qui si abbia una personificazione degli istituti. O *persona* si riferisce agli altri enti insieme nominati o indica le persone dei rappresentanti.

(1) C. 45, § 1 cit., « ipsos Deo amabiles episcopos exigere ea, quae pro eo ordinata sunt et in id convenienter quaesita et facere aedificationes... hospitalium et gerontocomiorum aut orphanotrophiorum praeparationem aut ptochotrophiorum aut nosocomiorum constructionem aut captivorum redemptionem... designare etiam sem praefi cere qui haec administrent, xenodochos, vel orphanotrophos vel brephotrophos, gerontocomos vel simpliciter piarum actionum dioecetas et curatores ».

(2) C. c., § 3: « ipsi vero non administrent quidem, sed administrationem illorum inspiciant aut observent »

gligente può esser all'uopo compulso dal suo arcivescovo o metropolita: anzi è data anche a qualunque cittadino l'azione popolare per costringere chi vi è tenuto ad adempiere il lascito. È inutile soggiungere che l'autorità secolare è incaricata di prestare gli opportuni rimedi coattivi (1).

La fondazione come si è visto nasce colla destinazione de' beni fatta allo scopo, che rientri in una delle categorie (culto e carità) riconosciute dal diritto: senza tale destinazione effettiva non abbiamo ancora l'interesse da tutelare; essa cessa naturalmente col venir meno del patrimonio. Se lo scopo vien meno o se non è raggiungibile coi mezzi destinati, i beni si devolvono alla Chiesa, a cui la tutela generale di questi interessi è affidata.

83. Ove si prescinda da questa innovazione del diritto più recente, la cui importanza non fu considerata dai suoi stessi autori per le ragioni suesposte (2), nel diritto romano ogni diritto ha per

---

La nomina degli amministratori potrebbe essere fatta dai fondatori o attribuita da costoro ai proprii eredi. In tal caso i vescovi non hanno che una funzione subordinata in caso di inadempimento.

(1) C. c., § 2.

(2) Il concetto della « fondazione autonoma » è stato messo in dubbio anche pel diritto comune: v. ad es. Fritz, *Erläuterungen zu Wening,* I, p. 153 seg. e contro Mühlenbruch, *Continuazione di Glück,* vol. XL, p. 1 segg. Appena è necessario rilevare l'errore di quelli che, pur ammettendo l'istituto delle fondazioni autonome, ne fanno una « persona giuridica ». Peggio ancora operano coloro che arricchiscono la serie di così fatte *persone giuridiche* e v'includono ad esempio la *hereditas iacens!* V. più sopra e nel trattato delle successioni. Ihering è arrivato a negare che una fondazione abbia diritti (vi sarebbe solo

soggetto una persona fisica o collettiva: la teoria dei vari diritti è costrutta con esplicito riferimento a questo presupposto (fr. 2 D. 1, 5), e noi, sia per non allontanarci dal linguaggio delle nostre fonti, sia per evitare di volta in volta una esposizione inutilmente complicata (1), parleremo sempre della persona soggetto di diritto. Tanto più che praticamente la mancanza del *subiectum iuris* è mascherata dal *subiectum administrationis*, che pone la sua energia, la sua attività, le sue qualità personali a servizio della causa.

84. Il diritto soggettivo è dunque un interesse umano, cui la norma protegge. Nel campo del diritto privato si possono distinguere tre categorie di interessi, a cui corrisponde una triplice categoria di diritti: conservazione individuale, conservazione della specie, uso e godimento della natura esteriore. E rispettivamente abbiamo: diritti che concernono

---

un « legame giuridico » o una « restrizione giuridica »: quindi il lato passivo del diritto pei terzi, non il lato attivo: *Iahrb. für Dogm.*, X, p. 399, 408 seg.: ammette però che la fondazione abbia azione in giudizio, e ciò spiega in vista del «soggetto futuro»: v. Bekker, *Pand.*, I, p. 51 seg.). Lo stesso dovrebbe dirsi per la *hereditas iacens*, come se qui non si trattasse appunto di un complesso di diritti. Secondo altri in questi casi non si avrebbero veri diritti (Hölder, *Pand.*, I, p. 96): ma l'ordine giuridico dà luogo ai medesimi effetti che si avrebbero ove esistessero dei diritti. È inutile avvertire che tutti questi tentativi così disgraziati derivano dall'aver data pel diritto positivo romano una definizione arbitraria di diritto e dal mantenerla anche di fronte all'aperta contraddizione dei fatti.

(1) « Bisognerebbe — dice il Bekker, *Pand.*, I, § 59 — che si fossero formate altre abitudini di pensiero ». Non ne vale la pena.

la persona umana, come tale (diritti all'integrità personale, alla libertà, al nome, all'onore); diritti che concernono la prole e la sua educazione (diritti di famiglia); diritti concernenti la disposizione de' beni esteriori (diritti di proprietà). Quali siano i beni esteriori, di cui sia possibile la disposizione esclusiva riservata ai privati, vedremo a suo luogo; fin d'ora si può avvertire che taluni beni non si prestano per loro natura a questo esclusivo uso o godimento, e chi ne volesse privare altri non commetterebbe una violazione di proprietà, ma piuttosto una offesa alla persona, essendo il loro uso necessario alla conservazione di questa (1).

85. Questi diritti competono all'uomo pel solo fatto che egli vive in società: senza il loro riconoscimento qualunque sia esplicazione sebbene elementare sarebbe impossibile. Li possiamo chiamare diritti *primarii* (la terminologia è però estranea alle fonti) nel senso che essi competono indipendentemente da un fatto particolare che determini la posizione dei terzi di fronte a noi. Certamente i diritti di famiglia ripetono la loro origine da un fatto speciale e volontario (matrimonio), e la proprietà non si acquista (vale a dire: un ente della natura esteriore non è adibito interamente ed esclusivamente al servizio di alcuno) senza una causa determinata; ma tali fatti non si svolgono in confronto dei terzi, che devono rispettare la nostra posizione, nè sono fatti loro che avvengano in nostro confronto: essi appaiono come la mera esplicazione della nostra personalità o dei nostri beni (2). I Romani sono esattis-

(1) Cic., *de fin.*, 5, 23: « Ex quo illa sunt communia: *non prohibere aqua profluente* », ecc. Cfr. *de off.*, 1, 7.

(2) Il che non vuol dire che non possano applicarsi an-

simi nel distinguere le accennate categorie di diritti, da quella che or ora esamineremo, e si può anzi dire che l'intelligenza di questo punto sia fondamentale per la retta comprensione del loro diritto privato (1). Possiamo indicare le accennate categorie con una breve formola: « diritti della persona umana e delle sue pertinenze ».

86. L'uomo però (e ciò in tanto maggior misura, quanto più la vita si complica) non può far senza della cooperazione de' suoi simili: l'interesse che abbiamo ad assicurarci il fatto altrui merita protezione giuridica: in tal caso abbiamo taluno che è costretto ad operare a favore di un altro. Un tale vincolo dicesi *obbligazione* in senso tecnico e non sorge, se non per ragioni particolari; in via generale uno non è tenuto mai *a fare* per gli altri e *giuridicamente* ha compiuto il dover suo, quando non ha recato offesa. La ragione particolare che fa nascere il vincolo può essere molto diversa, come a suo tempo si esporrà: il *fatto* poi, che costituisce il contenuto della obbligazione, può consistere tanto nel procurare la signoria sui beni esteriori, quanto nel prestare servizi di altra natura; può essere positivo o negativo (se l'obbligo è di non fare quello che si avrebbe diritto di fare: di ommettere cioè

---

che a tali diritti modi speciali di acquisto *derivativo* (traslazione della proprietà, adozione). Quello che importa notare si è che essi « sorgono » indipendentemente da qualunque riconoscimento dei terzi.

(1) La tesi erronea del Vangerow (*Ueber die lat. iun.*, p. 67 seg.), che concepisce la libertà come una proprietà di sè stesso e ricava le conseguenze da tale principio, esagera l'elemento comune che vi ha innegabilmente fra queste categorie di diritti

l'esercizio di un diritto). La tutela di questi interessi sta in ciò, che il diritto crea una necessità relativa che quel determinato fatto si avveri. Sicchè ogni rapporto obbligatorio ha due termini che funzionano in modo opposto e, se la posizione dell'uno vuolsi chiamare diritto positivo, quella dell'altro si può chiamare diritto negativo.

87 De' diritti passati in rassegna non tutti hanno carattere patrimoniale, sono cioè suscettibili di una estimazione pecuniaria. Il denaro non è che uno de' beni esteriori su cui si può affermare la signoria umana, ed essendo di generale e costante utilità serve come mezzo universale di scambio e come misura. Da ciò deriva che di estimazione pecuniaria è suscettibile anzitutto il diritto di proprietà (e le altre figure che vi si rannodano); inoltre le obbligazioni, e queste per una doppia ragione. Esse di solito mirano infatti o a procurare ad altri la proprietà o ad accrescere l'uso e il pregio di una proprietà o a mettere altri in grado di procurarsi la proprietà. La *necessità relativa* poi, di cui parlavamo, è dall'ordine giuridico creata in guisa, che il mancato adempimento adduce incremento di proprietà da una parte e decremento dall'altra. Invece non sono patrimoniali i diritti inerenti alla persona: « libertas est inaestimabilis », e i diritti puri di famiglia.

88. Dico « diritti puri di famiglia », poichè la costituzione interna della famiglia può essere anche fonte di diritti patrimoniali. Con particolari negozi si può dar vita alla dote e alla donazione nuziale, che presuppongono il matrimonio; inoltre dalla posizione subordinata di alcune persone verso il *paterfamilias* nascono diritti patrimoniali di questo, che hanno un carattere particolare. A rigore tutta questa

serie di relazioni giuridiche dovrebbe nella trattazione distinguersi da quella che concerne i rapporti famigliari in sè medesimi. Ma sono pur chiare le ragioni di opportunità, che inducono a non separare rapporti che fanno capo al medesimo istituto. Anche nella *tutela* è possibile distinguere quanto ha relazione col patrimonio; ma se tale analisi è doverosa, non ne segue che la trattazione di cose intimamente connesse abbia a scindersi.

89. Il complesso de' diritti patrimoniali (positivi e negativi) che fanno capo ad una persona attuale o futura o che sono tenuti insieme per una serie indefinita di interessati si dice *patrimonio* (1); le fonti parlano anche di *universum ius* (2) o di *bona* (3).

---

(1) Cfr. ad es. fr. 5 pr. D. 50, 16: « Rei appellatio latior est quam pecuniae, *quae etiam ea quae extra computationem patrimonii nostri sunt* continet, cum *pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt* ».

(2) Ad es. fr. 24 D. 50, 16.

(3) Ad es. fr. 43 D. 33, 2; fr 69 D. 35, 2. Però è da notare che la v. « bona » non ha sempre lo stesso significato; Ulpiano (39 *ad ed.*: fr. 3 pr. D. 37, 1) avverte esplicitamente al significato che la voce ha in un dato testo dell'Editto (che però è il più comune: « *bona* HIC, ut plerumque solemus dicere »... « *in hoc loco* »); altrove distingue un significato naturale e uno civile (fr. 49 D. 50, 16). A mio avviso il fr. 49 non contiene che il naturale significato di *bona:* in questo senso, poichè « bona ex eo dicuntur quod beant », non s'intendono che gli elementi attivi del patrimonio (proprietà, possesso di *b. f.*, *iura in re,* obbligazioni attive e azioni). L'evidente contrapposto è quello del patrimonio preso nella sua totalità e quindi anche cogli elementi negativi (« commodum et incommodum », come s'esprime il fr. 3 pr. cit.). Donde deriva che i *bona* in senso civile possono indicare anche

Il patrimonio costituisce una organica unità (1) determinata dalla conversione di tutti gli enti che lo compongono ad una fine comune e dalla possibilità di esprimerne con una sola cifra (positiva o negativa) il grado di potenza economica (2). Come ogni

---

un patrimonio costituito da puri debiti e tanto più un patrimonio, in cui il passivo sia in eccedenza: « sive solvendo sunt bona sive non sunt... proprie *bona* appellabuntur », *ibid.*; insomma anche un patrimonio non atto a « facere beatos » (che tale non sia il *naturale* significato, si dice anche in fr. 83 D. 50, 16). Questa che a me pare l'ovvia interpretazione del fr. 49 integrato con altri passi non è quella seguita generalmente. Il Mommsen nella sua edizione ha intruso nel fr. 49 una frase per dare riferimento ai *bona* in senso civile e questa arbitraria congettura è stata fatale pel Birkmeyer (*Das Vermögen im jur. Sinne,* p. 15 seg. 105 seg.). Se di fronte a una data regola di diritto o ad un testo determinato si abbia ad ammettere il significato civile o il naturale, è questione di interpretazione (cfr. i passi citati e inoltre fr. 2, § 1 D. 37, 6; fr. 11 D. 49, 14, ecc.). Arduo e verosimilmente interpolato è il fr. 72 pr. D. 23, 3.

(1) *Corpus patrimonii:* « pervenire in corpus patrimonii » significa entrare come elemento nella totalità patrimoniale: cfr. fr. 20 D. 4, 2; fr. 25, § 16 D. 5, 3 (dove, trovandosi di fronte due patrimonii, è molto importante lo stabilire se un ente sia entrato nel « corpus » di uno fra essi).

(2) Ad es. fr. 73 pr. D. 35, 2 « si quis centum in bonis habuerit »: nei *bona* figurano servi, armenti, ecc. Poi nello stesso frammento si danno regole per ridurre a espressione pecuniaria gli enti patrimoniali attivi e passivi. In ispecie v. fr. 88 D. 50, 16: « tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis eius refici potest; sic dicimus centies aureorum » (l. « sestertiorum ») habere, qui tantum in praediis ceterisque similibus rebus habeat. Cfr. fr. 222 *ibid.* Fest., v. *Pecunia*, p. 245 M.

organismo (a cui vien paragonato) il patrimonio rimane identico, nonostante gli aumenti, i decrementi, i mutamenti degli enti che lo compongono (1).

Nel campo dei diritti qui pertinenti qualunque reazione o coazione giuridica si esplica con un incremento o decremento patrimoniale (2), sicchè si può

Questa determinazione della « quantitas patrimonii » (*l. c.*), ossia della potenza economica del patrimonio indicata con una cifra è frequentissima in tutto il titolo D. 35, 2. Il fatto esposto nel testo rende possibili questioni, come quella accennata nel fr. 26, § 2 D. 30: « bonorum parte legata dubium sit utrum rerum partes an aestimatio debeatur ».

(1) Specialmente a proposito del *peculium* (che è un « patrimonium »: fr. 5, § 3 D. 15, 1) troviamo esposto il principio con particolare energia: « peculium nascitur crescit decrescit moritur: et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini »: fr. 40 pr. D. 15, 1. Si confronti poi l'interessantissimo fr. 30 pr. *ib.*: « an teneat actio de peculio etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur; si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilominus tenere aiunt: intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio ».

(2) La *condemnatio pecuniaria* nella procedura classica esprime con singolare evidenza questo concetto: Gai., 4, 48. Si avverta che talora la reazione patrimoniale ha luogo anche per l'offesa di diritti non patrimoniali, come l'offesa all'onore. Allora però non si tratta di determinare la potenza economica del diritto leso (che non c'è); ma di compensare, non essendo possibile la restituzione del bene tolto, con altri beni l'offeso. Si tratta dunque di recare un vantaggio alla persona, che è giudice della sua convenienza di accettarlo e non di restaurare un patrimonio: e si tratta di un atto di riparazione che deve procedere dalla persona dell'offensore. Non si può quindi discorrere di un vero diritto ed onere patrimoniale, se non quando si sia pervenuti alla contestazione di lite. V. più avanti.

anche per brevità prescindere in parte da coloro che sono interessati e considerare i patrimonii come le entità prossime, a cui le dottrine relative a questi diritti si riferiscono. Nel seno di ciascun patrimonio i singoli diritti nascono, si svolgono, si estingon secondo le leggi particolari; queste detrminano anche se ed in quale maniera possa un diritto da un patrimonio trasferirsi in un altro. La trasmissione della totalità patrimoniale ha carattere e leggi proprie (successione universale) e forma quindi oggetto di trattazione speciale.

90. I diritti della persona, quelli di famiglia e di proprietà hanno un carattere comune: per essi è tutelato un bene di immediata pertinenza, invece quelli di obbligazione mirano a *procurare un bene* che ancora non appartiene; la norma giuridica qui non si limita a imporre il rispetto di un rapporto esistente, ma costringe a procurare il bene, di cui si tratta (1). Il diritto di proprietà (nonchè i minori che — come vedremo — vi si rannodano) sembra ai Romani esplicarsi direttamente sulla cosa *(in rem)*, in quanto che per esso si fa valere un rapporto immediato sulla cosa stessa. Invece i diritti di obbligazione diconsi *in personam*, tendendo essi a eccitare una data attività in una persona. La distin-

(1) Il contrapposto è nitidissimo nelle formole procedurali: « Si paret fundum Auli Agerii *esse* » e « si paret N.um Aulo Agerio *dare oportere* ». Come la cosa propria, il padre rivendica « adiecta causa » il *filiusfamilias* (fr. 1, § 2 D. 6, 1): probabilmente si procedeva in modo analogo in caso di usurpazione del « nome »: Arnobio, *adv. nationes*, 4, 16; cfr. Ferrini, *Bullettino dell'Ist. di d.° r.°*, VII, p. 117 seg. L'antica rivendica della tutela si può arguire dalla *cessio in iure* (ad es. Ulp., 19, 11).

zione fra diritti reali e personali non esaurisce dunque la serie dei diritti privati, ma quella sola de' patrimoniali (1); i due poli del patrimonio sono appunto la proprietà (*res*) e l'*obligatio*. Sarebbe però un errore il ritenere che queste due figure giuridiche siano del tutto inconciliabili. L'*obligatio* è un diritto molto più adattabile, libero, trasformabile che non sia la proprietà. Questa non può affermarsi che ad una duplice condizione, e cioè che siavi la cosa e che sia già legittimamente assoggettata alla signoria di chi la pretende e non può affermarsi che *nei limiti* in cui queste ipotesi si siano verificate. Invece l'*obligatio* si esperisce per eccitare il fatto

(1) Ai soli diritti patrimoniali si riferisce Ulpiano, fr. 41 D. 1, 3: « totum autem ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo; aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet aut quomodo alienet aut amittat ». La distinzione fra diritti reali e personali è disputatissima: Vangerow, *Pand.*, I, § 113; Kohler nella *Rivista di Grünhut,* XIV, 6 segg.; Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit* (dall'*Arch. f. die civ. Praxis*), 1889. Alla perspicua nozione nocque l'appellativo di *actio in rem scripta*, e il fatto che il § 13 I. 4, 6 dice che « praeiudiciales actiones in rem esse videntur ». Ma intanto non deve confondersi la categoria dei diritti reali (« res » e « ius in re ») con quella delle *actiones in rem:* alle *actiones in personam* corrisponde invece sostanzialmente la serie dei diritti personali (Gai., 4, 2), di cui le fonti non danno altro termine che « obligatio ». Inoltre *actio in rem scripta* anche nell'appellazione differisce da « actio in rem » e il § 13 I. cit. non accenna che ad un carattere comune fra le azioni scaturienti dai diritti reali e i *praeiudicia:* che esso sia interpolato malamente si può arguire da Gai., 4, 3.

del terzo: questo fatto può consistere nel procurare la proprietà, che ancora non sia acquisita: può consistere anche se la cosa sia perita o sottratta alla disponibilità umana nel procurare la proprietà del suo equivalente economico, cioè del denaro corrispondente. L'*obligatio* può quindi sembrare un «ius optimum» in confronto di quello più angusto scaturiente dal rapporto di proprietà; in ogni caso essa serve in molti casi di perimento totale o parziale della cosa o di fatto simile a tutelare l'interesse dell'ex proprietario, il quale non può ormai pretendere altro che l'equivalente economico del bene perduto. Del resto non è in astratto inconcepibile che chi ha la proprietà abbia pure una *obligatio* diretta a costringere taluno ad operare per facilitargli l'esercizio di quel diritto (mercè la presa od il ricupero della cosa). Se di regola tale duplicità di rimedi è esclusa pel principio della economia de' mezzi, in qualche caso è invece accordata e ad esempio non solo chi è derubato mantiene la proprietà della cosa involatagli, ma ha una *obligatio* attiva verso il ladro che deve fargli ricuperare la cosa; colui, al quale un testatore ha legato una cosa propria, non solo diventa proprietario della cosa, ma ha, nel diritto nuovo, obbligato l'erede a fargliela avere.

91. Non v'ha dunque assoluta repugnanza fra i due elementi: anzi la loro funzione è di accompagnarsi e d'integrarsi a vicenda. La proprietà appare come termine diretto o indiretto della obbligazione ed è a sua volta presupposto di nuove obbligazioni: questo è il grande ciclo dell'attività economica umana. Esso è possibile per la valutabilità pecuniaria comune, come si è veduto, a tutti gli elementi patrimoniali, la quale spiega pure la possibilità di istituti comuni, come il pegno. E così resta

meglio chiarito come mai la riunione di questi elementi in ordine ad un fine comune possa costituire una complessiva unità organica.

92. Tutti i diritti patrimoniali si riferiscono, almeno indirettamente, alle cose, ossia agli enti della natura esteriore suscettibili della nostra signoria. Il patrimonio altro non è che l'attuazione della potenza di dominare e indirizzare ai proprii fini la natura esteriore. Ma il rapporto de' singoli diritti colle cose è molto diverso. Nella proprietà la cosa è l'immediato oggetto di un potere (virtualmente) assoluto; tutta la cosa in tutte le sue qualità, funzioni ed attinenze è posta al servizio dell'uomo: il diritto si confonde quasi, si materializza nella cosa. In altri diritti la cosa è pure oggetto immediato, in quanto che essi limitano la proprietà; ma solo entro confini bene determinati, sicchè non può dirsi in alcuna maniera che essi si confondano colla cosa e vengano da questa in certa guisa rappresentati e resi visibili. Meno ancora può dirsi ciò delle obbligazioni, di cui l'oggetto immediato è un fatto umano e che solo in via indiretta (molto indiretta qualche volta) si riferiscono alle cose. È bensì vero che il patrimonio come complesso di diritti è tutta una rappresentazione intellettuale ; ma non può negarsi che, materializzandosi la proprietà nel suo oggetto. risponda alla concezione volgare e fino a un certo grado alla scientifica (1) la distinzione degli elementi patrimoniali in *corpora* e *iura* (2). Anche

---

(1) Cf. le formole. Da una parte: « Si paret *rem* A.i A.i esse », dall'altra : « Si paret A.° A.° *ius esse* utendi fruendi » o « si paret N.um A.° dare oportere ».

(2) Fr. 41 pr. D. 30 : « corpora legari omnia et iura

nelle espressioni più esatte, in cui si mette in chiaro che anche la proprietà in sè è una nozione intellettuale (*dominium*) (1), non si ommette l'accenno alla corporalità del termine suo.

93. Dai giuristi classici troviamo anzi riferita e adattata qui la distinzione filosofica (2) di cose cor-

---

et servitutes possunt », fr. 222 D. 50, 16: « tam corpora quam iura », fr. 15, § 2 D. 42, 1: « res mobiles et animales — soli — iura ». Esattamente, ma serbando il contrapposto, si esprime il fr. 177 pr. D. 50, 17: « qui in ius *dominiumve* alterius succedit ».

(1) Fr. 4 pr. D. 10, 3: « corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus », fr. 13, § 1 D. 39, 2: « sive *corporis dominus,* sive et *qui ius habet* ».

(2) Una prima applicazione alla materia giuridica troviamo in Cicerone, *Top.*, c. 27 ; ma in altro senso. Distingue le cose veramente esistenti (nel senso stoico), *quae cerni tangive possunt* (come il fondo, la casa, il muro, lo stillicidio, ecc.) e quelle che « tangi demonstrarique non possunt », ma che si ponno mentalmente concepire (*cerni animo et intellegi possunt*), come l'usucapione, la tutela, la gentilità e l'agnazione (non come complesso dei gentili o degli agnati, ma come nozioni giuridiche astratte). Nei grammatici la distinzione fra i « nomina quae significant rem corporalem » e « rem incorporalem » corrisponde alla nostra di nomi concreti e nomi astratti, come provano anche gli esempi (« homo terra mare » « pietas iustitia dignitas »); cfr. Charis., *ars gr.*, 1, 11 (I, 35 K.) : 2, 6 (I, 152 K.) ed *Excerpta* (I, 533 K.): Diomed., *ars gr.*, 1 (I, 322 K.): v. Morasso nella *Rivista ital. delle scienze giur.*, XVII, p. 121 seg. È notevole che mentre Gajo e le Istituzioni di Giustiniano (2, 2, 1) assumono come criterio di distinzione la « tangibilità », l'indice greco con Cicerone e i grammatici (« res corporales quae videri tangive possunt ») adduca alternativamente anche quello della *visibilità* (ἁφῇ ἢ θέᾳ ὑποπίπτει,

porali e incorporali. Gaio nelle sue istituzioni, dopo aver posta la distinzione fra « res extra patrimonium » e « res in patrimonio » parla subito di *res corporales* e *incorporales* (1), come di una classificazione della seconda categoria (2, 13). Le prime sono quelle « quae tangi possunt » come « fundus, homo, vestis, etc. »; le altre « quae tangi non possunt », quali (2) sono quelle « que in iure consistunt: sicut hereditas usufructus obligationes quoquo modo contractae ». Nè importa egli dice, che anche tali diritti si riferiscano a enti materiali (« et quod ex aliqua obligatione nobis debetur id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia »), poichè il diritto in se stesso, come rappresentazione intellettuale, è incorporeo. Non credo potere accogliere l'opinione che la classificazione, che serve solo per comodità di

---

§ 1 cit.); e che, mentre quelle due fonti denotano le *res corporales* dal non essere tangibili e dal consistere *in iure*, l'indice stesso pure con Cicerone e i grammatici aggiunga che si tratta di « rappresentazioni intellettuali ». Cicerone avverte infatti che *possunt intellegi*; i grammatici, che *intellectu tantummodo percipiuntur;* l'indice dice « νῷ καταλαμβανόμενον ».

(1) « Incorporalis » appare la prima volta in Seneca, *Ep.*, 58 (Pernice, *Labeo,* 1, 318). Cfr. poi Ulp., 19, 11. Paul., fr. 14 pr. D. 8, 1, ecc.

(2) « *Qualia* sunt ea quae in iure consistunt ». Il Fadda (*Note al Windscheid*, I, 1, p. 660) ritiene che la categoria delle « res incorporales » non si esaurisca nei *iura* e che Gajo accenni a questi solo come ai principali esempi. Ma, per tacere dell'indice greco, che è molto esplicito nel ridurre ai soli *iura* le *res inc.* (*l. c.*, I, p. 120, Ferr.), cfr. ad esempio Paul., *Sent.*, 3, 6, 11: « tam corporales res *quam quae in iure consistunt* » (dove la seconda frase è manifestamente eguale alla dizione « res inc. »).

esposizione, sia destinata ad altro fuorchè ad una distinzione degli elementi patrimoniali. Altrimenti bisogna arrivare (1) ad ammettere che un diritto possa essere oggetto di un altro diritto, a costruire insomma diritti sopra diritti, il che non è punto necessario e non è (ove si astragga da qualche apparenza di linguaggio, come ad esempio in *pignus nominis* o *pignus pignoris)* conforme alla vera dottrina romana. Di questa affermazione daremo la prova, dove tratteremo de' punti più contrastati in proposito.

94. L'esposizione fin qui condotta ci permette di delineare ormai il programma del nostro corso. De' diritti della persona in parte abbiamo dovuto parlare nella introduzione, in parte parleremo, trattando della famiglia e della tutela. Resta quindi che parliamo de' diritti patrimoniali e di quelli di famiglia e di tutela (che della famiglia in parte è un supplemento, in parte un'esplicazione). I diritti patrimoniali vanno poi considerati sia rispetto agli elementi del patrimonio (proprietà e suoi limiti — obbligazioni), sia rispetto alla trasmissione del patrimonio come totalità (successioni universali). Vi ha una notevole serie di dottrine concernenti i modi di acquisto, di perdita, di trasmissione dei diritti che sono comuni a tutti quei trattati: economia ed ordine di esposizione vogliono che tali dottrine siano premesse come parte generale.

---

(1) E si arriva in realtà: Baron, *Pand.*, § 37, n. 2, Fadda, *l. c.*, p. 660.

CAPO VI.

Acquisto e perdita dei diritti soggettivi.

95. Si parla di diritti che nascono, che si modificano, che periscono; si parla di diritti che si trasmettono. Tutto ciò va inteso in rapporto a un dato ente e ad un dato patrimonio; in modo che genesi di un diritto significa acquisto (acquista colui pure, cui un diritto acquisito si trasmette): perimento significa perdita; *modificazioni* di un diritto si rapportano alle vicende della sua conservazione (1).

Per alcuni diritti, e cioè per quelli della persona (e per taluni diritti di famiglia) non si può discorrere di *acquisto*: essi sono inerenti senz'altro all'uomo e accompagnano la sua personalità. In certo modo si può dire che il servo acquisti i diritti della persona colla manumissione (*ius libertatis*). Gli altri diritti sono tutti suscettibili di acquisto originario; non tutti di trasmissione e di questi alcuni sono refrattari alla sola trasmissione particolare, altri alla trasmissione in genere, come più di proposito diremo (2).

(1) « Totum ius consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur, quemad modum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet aut quomodo alienet aut amittat » (fr. 41 D. 1, 3).

(2) Diciamo *trasmissione* per avvicinarci alla frase romana « ius transferre »: fr. 54 D. 50, 17. Si parla di un « transito » del diritto: *auctor* è colui, dal quale il diritto si stacca per passare ad altri: « auctor meus, a quo ius in me transit »: fr. 175, § 1 *ib.* *Succedere* è la frase tecnica specialmente (non esclusivamente) usata per indicare il subentrare nell'intero patrimonio: fr. 37 D. 29, 2: « heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum do-

96. La trasmissione del diritto si può anche considerare come un mutamento che interviene, senza scapito della sostanziale identità del diritto. Tali mutamenti possono anche verificarsi in altra maniera; può ad esempio la cosa, che forma oggetto di un diritto reale o nella cui dazione consiste la prestazione oggetto di obbligazione, crescere o diminuire (si pensi ad un incremento alluvionale di un fondo, all'incendio parziale di un edificio) il che implica necessariamente una modificazione nel contenuto del diritto corrispondente Può anche mutarsi interamente la natura della prestazione che forma oggetto di una obbligazione, senza che questa venga meno: ciò accade quando la funzione della prestazione sostituita sia quella di riempire la deficienza dell'effetto economico di quella mancata nel patrimonio del creditore. Un diritto reale non può invece sussistere se l'oggetto viene meno interamente; non è esatto il dire che per effetto di una lesione esso possa mutarsi in rapporto obbligatorio; questo, come vedremo, ha una propria genesi e una propria natura affatto distinta.

---

minium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredes transeunt »: fr. 3, § 1 D. 21, 3: « ... venditoris... successoribus, ... sive in universum ius, sive in eam dumtaxat rem successerint ». Per la successione particolare v. fr. 177 pr. D. 50, 17: « qui in ius, dominiumve alterius succedit *iure eius* uti debet ». Da queste stesse frasi è chiaro che i Romani considerano che il diritto permanga identico e solo muti il patrimonio, a cui si incorpora; in altre parole essi non hanno mai pensato che una mutazione di subbietto implichi mutazione di sostanza. Alla contraria opinione di molti moderni (ad esempio Kuntze, *Obligation*, § 15-20; Salpius, *Novation*, p. 345 segg.) ha contribuito anche la troppo angusta concezione dei diritti soggettivi, quali *facoltà*.

97. Parimenti non cade sotto il concetto di *modificazione* di un diritto la costituzione di un nuovo diritto colla sostanza di un altro. Si pensi ad un diritto reale concesso ad un terzo; qui abbiamo che o per atto dell'uomo o per diretta disposizione della legge in base a fatti determinati un potere spettante al domino (1) è trasferito totalmente o parzialmente in un terzo. Il diritto del domino ne risulta limitato; ma il *diritto limite* è nella configurazione sua un diritto nuovo, il quale ha anche funzioni e regole affatto particolari. Che chi non è domino non possa costituire un simile diritto; che chi ha un dominio limitato non possa costituire un simile diritto, che sia in contraddizione colla natura del limite stesso, si spiega benissimo senza ricorrere ad un concetto inesatto di successione o di modificazione del diritto preesistente (cfr. fr. 63 D. 7, 1).

La successione del resto, oltre che può per sè medesima considerarsi qnale *modificazione del diritto*, dà spesso luogo ad altre modificazioni, come la rifrazione delle obbligazioni e la moltiplicazione del dominio (e di qualche altro diritto reale) (2). Di tali effetti vedremo a luogo opportuno.

98. Un diritto può essere considerato in diverse fasi. Per tacere qui della fase di *azione*, in cui il diritto può entrare, noteremo brevemente alcuni stati di attenuata energia, in cui il medesimo diritto può trovarsi.

Un diritto può essere nella sua efficacia o debilitato o paralizzato da una eccezione. L'attenuazione

---

(1) Su questo punto contrastato v. il capitolo sulle limitazioni della proprietà.

(2) Ordinariamente (sebbene con minore esattezza) si raggruppano questi fenomeni sotto l'unica denominazione di « moltiplicazione dei soggetti ».

100. Qualunque de' fenomeni accennati presuppone che siavi una norma la quale disponga in proposito e che siasi verificato quel fatto, che è la condizione per l'applicazione della norma medesima. Un tale fatto può essere un evento di natura (1) od un'azione umana (2). Tale azione umana può essere lecita o illecita, e cioè può tendere ad affetti riconosciuti e protetti dal diritto, ovvero ad effetti al diritto contrarii. Nel primo caso la protezione giuridica si esplica appunto mercè l'acquisto, la trasmissione o la perdita di un diritto, nel secondo caso la contraddizione della norma importa che si debba ristabilire l'ordine turbato, ciò che (oltre ad eventuali conseguenze di diritto pubblico) ha nel campo del diritto privato la conseguenza di far sorgere un diritto alla riparazione in colui, a detrimento del quale la norma fu violata e un corrispondente obbligo o diritto negativo in colui, che ha infranto la norma stessa.

101. Tutti questi fatti si comprendono dai moderni sotto la denominazione di *fatti giuridici*: essi sono così eterogenei, che non è possibile una dottrina generale. Avvertiamo che tali fatti possono essere tanto positivi, quanto negativi (p. es. una na-

---

(1) Un'alluvione, un'avulsione, una nascita od una morte, ecc.

(2) Ossia che procede dall'uomo operante *come tale*. L'atto di un pazzo o di un bambino, un accesso di convulsioni, ecc. rientrano nella categoria degli eventi di natura. Cfr. ad es. fr. 5, § 2 D. 9, 2: « si furiosus damnum dederit... cessabit... aquiliae actio, *quemadmodum si quadrupes damnum dederit... aut si tegula ceciderit*, sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum ». Cfr. fr. 209 D. 50, 16.

scita mancata, il silenzio ecc.); possono constare di un solo elemento o resultare da un complesso di eventi sincroni o cronologicamente distanti; possono verificarsi in un momento, ovvero distendersi per un intero periodo di tempo. E l'effetto di un fatto giuridico può essere immediato, può invece essere differito a un certo tempo o dipendente dal verificarsi di un altro fatto.

Intanto si ha un periodo di incertezza; non può dirsi ancora che il diritto sia acquistato, perduto e trasferito; ma fin d'ora può nascere uno speciale diritto di aspettativa, che è pure importante. I Romani discorrono di *pendenza:* si dice che pende il diritto o anche che pende il negozio, donde il diritto scaturisce, non potendosi considerare certa la sua efficacia. Un caso ordinario di pendenza è quello prodotto dalle condizioni; ma il concetto è assai più ampio. L'usufruttuario ad esempio acquista la proprietà degli animali, purchè non occorrano a sostituire i capi deficienti nell'esercizio annuale. Il fatto che produce il dominio dell'usufruttuario è la nascita, ma questo fatto è operativo, se si verifica un fatto (negativo) posteriore e cioè che non avvengano tante lacune ne' capi del gregge. Il *dominium* è frattanto *in pendenti* e *in pendenti* sono anche i diritti che vi si rannodano, ad esempio la *condictio* contro il ladro: fr. 12, § 5 D. 7,1 (1). Il servo donato *mortis causa* dal marito alla moglie, se stipula a favore di questa prima della morte di quello, darà vita a una valida obbligazione, solo se il donante muore nella malattia o incidente te-

---

(1) Fr. 25, § 1 *ib.*, sugli acquisti del *servus fructuarius,* che ha satisdato e non pagato il prezzo.

muto (1). La condizione poi, oltre che produrre direttamente uno stato di pendenza, indirettamente influisce sulla pendenza di molti altri rapporti che vi si connettono (2). Non identico è invece il caso di atti comuni; quando cioè un diritto non possa acquistarsi o trasmettersi che colla concorde dichiarazione dei varii partecipi. Qui, finchè *tutti* si siano dichiarati, l'effetto è sospeso (3); ma non è un nuovo fatto estrinseco che si attende, bensì il completamento del fatto unico e complesso; inoltre l'atto dell'uno de' partecipi può — finchè non sia intervenuta l'ultima dichiarazione — o perdere il suo significato (4) o anche essere revocato (5).

102. Se la pendenza si risolve in senso affermativo, in molti casi gli effetti si hanno come prodotti fino *ab initio*, quasi che il verificarsi dell'ultimo fatto abbia a *chiarire* lo stato del precedente rapporto (6). Ciò è ammesso talora in materia di

---

(1) « In pendenti... esse causam obligationis »: fr. 20 D. 24, 1. Il *paterfamilias* acquista *iure peculii* i *bona castrensia* del figlio, se gli eredi scritti ne ripudiano l'eredità: ciò costituisce un complicato rapporto di pendenza: fr. 14, § 1 D. 49, 17. Sul mutuo fatto dall'erede coi « nummi legati », v. fr. 8 D. 12, 1.

(2) Fr. 86, § 2 D. 30: fr. 3, § 5 D. 40, 7, ecc.

(3) Fr. 18 D. 8, 4 (*actus pendebit*).

(4) *L. c.*

(5) Fr. 8, § 2 D. 33, 5. La fine « humanius est, ecc. » è manifesta interpolazione.

(6) Questo non ha mai luogo nell'ipotesi dell'*atto comune* pei fatti intervenienti fra gli atti dei varii compartecipanti: v. i citati frammenti. Pei casi accennati nel testo, v. fr. 15 D. 34, 5: « quaedam sunt, in quibus dubia res est, *sed ex postfacto retroducitur* et apparet quid actum est ». I moderni parlano di efficacia retroattiva. « Retro agi » è ad es. in fr. 11, § 9 D. 24, 1,

condizioni, come vedremo: ciò è ammesso negli altri casi di pendenza surriferiti, « repudio o acquiescenza del legatario », fr. 44, § 1, fr. 86 § 2 D. 30: « corrispondente diritto di accrescimento »: fr. 35 D. 9,2: « acquisto definitivo de' *partus pecoris* all'usufruttuario »: fr. 68 § 1, 2 D. 7, 1), ecc. (1).

103. Non identico è il significato della retroattività nei casi di eredità giacente e poi adita e di postliminio. Qui si deve anche tenere conto del fatto che il patrimonio è tenuto insieme in vista del soggetto futuro e che i varii elementi del patrimonio stesso operano e si sviluppano con effetto attuale (poichè si può *attualmente* proteggere un interesse che *apparterrà ad alcuno*), benchè non ci sia ancora la persona che tali effetti assuma.

104. In terza funzione abbiamo per diritto giustinianeo la retroattività della ratifica nelle sue due applicazioni (2).

105. La nozione piena della retroattività consiste in ciò, che gli effetti che veramente si operano mercè l'ultimo fatto intervenuto si considerano come già operati, quando si è verificato il fatto anteriore, di cui quello ha esplicato l'energia. Ora, come vedremo, una retroattività così ampia non è ammissibile in materia di diritti reali, almeno pel diritto classico; allora si sostituisce una forma attenuata di retroazione, per cui si rispetta quanto è avvenuto prima dell'ultimo fatto, ma si dà vita a un rapporto obbligatorio tendente a eliminare il significato economico di quanto s'è avverato e si

---

(1) Cr. fr. 11, § 2, 9 D. 24, I.

(2) C. 7 pr. C. 4, 28 e per ambo le applicazioni, c. 25 C. 5, 16.

mantiene formalmente intatto. Qui si discorre impropriamente di «retroattività obbligatoria» in confronto alla c. d. «retroattività reale».

106. Talora l'effetto non è direttamente ricondotto a un fatto giuridico; ma indirettamente per via di finzione (*iuris fictio*), in quanto cioè si rannodano ad esso le conseguenze, che sarebbero proprie di un altro fatto (positivo o negativo), che si suppone avvenuto, mentre non lo è. Ognuno però vede che tutto ciò è mera apparenza e che la conseguenza è propria di quel fatto, che in realtà ha avuto luogo. Se ad esempio si concede di ridomandare il possesso a chi avendolo ottenuto per giusta causa e in buona fede lo ha perduto, *fingendo che già abbia usucapito*, apparentemente si trasferiscono in via di finzione gli effetti della usucapione al possesso così qualificato; in realtà sono queste appunto le conseguenze di quel fatto complesso che tale possesso rappresenta. Se il *bonorum possessor* può esigere i crediti ereditarii mediante la finzione di essere erede e così pel senatoconsulto Trebelliano il fedecommissario universale, ciò significa solo, che essi sono ormai sostanzialmente veri successori universali del defunto. La *finzione* non ha valore dogmatico e chi tenta costruire il sistema cogli elementi delle fonti non può operare con essa: ha però valore storico grande, poichè essa denota la via per cui da un concetto si pervenne ad un altro, da un istituto ad un altro; segna le difficoltà e le vittorie dello svolgimento del diritto.

107. Tra i diversi fatti giuridici merita particolare menzione la categoria degli atti umani, la quale a sua volta comprende classi diverse. Una prima divisione è quella — come si è detto — degli atti leciti e illeciti.

108. L'atto lecito è quello che tende a fini riconosciuti e protetti dal diritto. Esso può presentarsi in due figure notevolmente diverse. Talora l'uomo opera sulla natura esteriore e crea uno stato di cose a cui il diritto annette determinate conseguenze; talora invece dichiara in confronto di altri uomini la sua volontà e il diritto dà effetto a questa volontà dichiarata. In entrambi i casi il diritto tutela i fini dell'operare umano; ma nel primo caso l'uomo crea addirittura lo stato di fatto, che il diritto consacra (e non di raro l'azione umana qui non ha maggiore importanza di quella di un agente della natura); nel secondo caso invece il diritto colla sua efficacia concorre a far raggiungere l'effetto empirico della volontà dichiarata. Se l'uomo semina, pianta, edifica, fa certamente atto che ha conseguenze giuridiche notevoli: egli dà incremento ad *una cosa* e a tale incremento corrisponde quello della proprietà corrispondente. Ma qui, più che la volontà e l'intelligenza umana, viene in considerazione l'opera in sè; tant'è vero che non si distingue se la pianta nasca sul mio fondo per lavoro dell'uomo o perchè il germe fu portato dal vento. Così se l'uomo muta la forma o la sostanza di una cosa in modo da farla diventare nel senso commerciale una *cosa nuova*, ciò può avere gravi conseguenze giuridiche; ma qui pure non è tanto l'operare *umano* che viene in considerazione, quanto il fenomeno oggettivo del mutamento avvenuto, e se in certi limiti ha valore giuridico il fatto, che della *res nova* è autore un uomo, ciò non è in quanto costui abbia manifestato una volontà, ma in quanto si è stabilito un rapporto di creazione, di formazione della novella specie.

109. L'altra serie di figure corrisponde a quanto

i moderni sogliono chiamare *atto* o *negozio giuridico* (1). Per noi è tale qualunque dichiarazione giuridica rilevante di un privato, le conseguenze giuridiche della quale siano destinate ad attuare l'intenzione dichiarata (2).

---

(1) Non è nelle fonti esplicita la dottrina generale del *negozio giuridico*. Però che i Romani intuissero in molte questioni l'utilità di una teoria comprensiva delle figure, che noi riuniamo sotto tale nome, è certo; v. anche contro la diversa opinione del Pernice il Fadda nelle sue *Lezioni* del 1898 (raccolta da Ferrara, p. 74 segg.). Un'accezione generica ha la voce *negotium* (fr. 14 D. 26, 8; fr. 3 D. 42, 5; fr. 3 *ib.*; fr. 9, § 3 D. 4, 2 ed in contrapposto ad *atto illecito*; fr. 1, § 8 D. 9, 3; fr. 4, § 1 D. 11, 5), che però talora si contrappone agli atti lucrativi: fr. 58 pr. D. 24, 1; fr. 14 D. 43, 26, ecc.; ma cfr. fr. 12 D. 38, 5. *Contractus* è talora usato a un dipresso nel senso, in cui noi parliamo di negozio giuridico (così ad es. ove si discorre di « contractus » come fonte di obbligazione: nei *contractus re* si conteneva il pagamento di indebito: v. la debole critica in Gai., 3, 91; il *contractus litteris* poi, v. *ib.*, § 128 seg. nulla ha che vedere col significato specifico di « convenzione »). *Actus* contrapposto da Labeone (*apud* Ulp., fr. 19 D. 50, 16) a « contractus » (nel restrittivo significato di *synallagma*) ha un significato più ampio (sebbene gli esempi sieno tutti di negozii giuridici), comprendendo pure atti processuali.

(2) Cfr. Lenel negli *Annali* di Jhering, XIX, 250 (Thon, *Rechtsnorm*, p. 365). Contro il Lenel si è in Italia dichiarato il Perozzi, *Tradizione*, p. 195: a favore il Ferrini (*Rend. ist. lomb.*, XX, fasc. 20). La precipua importanza della definizione accolta nel testo sta in ciò, che gli *effetti giuridici* non vi compaiono, come il fine, cui mira il privato colla sua dichiarazione. Il privato mira spesso a effetti puramente pratici, empirici: forse ignora le conseguenze giuridiche del suo operare, ma ciò non

110. Nel campo dei negozi giuridici il diritto ha

---

toglie che queste abbiano luogo ugualmente. Le definizioni consuete accentuano invece la tendenza della volontà agli effetti giuridici: ad es. il Windscheid, I, § 69 dice essere il negozio giuridico « la dichiarazione della volontà di un privato diretta alla produzione di un effetto giuridico ». Intanto non si può dubitare, che ancor quando il privato crede per errore che un dato effetto giuridico *non si possa raggiungere* (e quindi non può volerlo raggiungere), questo si avvera se le circostanze sono obbiettivamente tali da richiamare la tutela del diritto: cfr. fr. 9, § 4 D. 22, 6: « qui ignoravit dominum esse rei venditorem, *plus in re est quam in existimatione mentis* et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur ». Questo non è un « caso patologico »: è un caso risoluto con criterii generali, v. il fr. 67 D. 24, 1, che ho illustrato, *loc. cit.* Altri fatti poi, come la *conversione dei mezzi giuridici* (quando cioè un negozio che non ha i requisiti formali per valere come le parti lo hanno inteso, è mantenuto per raggiungere approssimativamente la loro intenzione empirica, considerato quale *negozio diverso,* per cui ha sufficienti requisiti), il riconoscimento postumo di alcuni negozii da parte del diritto (§ 1 I., 2, 23), non si possono spiegare che colla dottrina da noi accolta. Con essa concorda anche la storia del diritto, la quale ci dimostra che prima i negozii nascono e si formano nella vita diretti a fini economici o — in genere — empirici, e solo dopo un certo grado di sviluppo il diritto ne prende gli effetti sotto la sua tutela. La dottrina è mirabilmente esposta nella C. *Tanta,* § 18: « non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt, et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere » (donde appare anche che l'effetto giuridico non sempre coincide col fine empirico). La giuridica ef-

per intento non esclusivo (1), ma precipuo, di dare protezione ed efficacia alla intenzione dichiarata dalle parti. Nell'antico diritto di Roma veramente non era tanto la intenzione, che veniva considerata e protetta, quanto la dichiarazione per sè medesima nel suo oggettivo significato. *Uti lingua nuncupassit*, diceva la legge delle 12 tavole (Cic., *de or.* 1, 57, 243), *ita ius esto*. La considerazione della

---

ficacia pende dunque dall'ordine giuridico, non dalla volontà dei privati; ma nel negozio giuridico questa ha una cospicua importanza in quanto segna la via che il diritto per quanto è possibile percorre, essendo in questa parte conforme all'istituto del diritto il tradurre in regola colla maggiore approssimazione la volontà dei privati. V. anche la c. Δέδωκεν, § 18.

(1) Il diritto obbiettivo anche in questa sua funzione non cessa di perseguire le sue tendenze generali in vista di alti interessi sociali. Esso fa scaturire le conseguenze a questi corrispondenti anche dai negozii giuridici, sebbene non siano state volute e neppur dichiarate; basta che i privati non le abbiano addirittura escluse. Si pensi ad es. al *favor libertatis*, al *favor matrimonii* e così via. Donde responsi, come quello contenuto in fr. 10 § 1 D. 40, 4 (veros. emblematico): «*si in obscuro sit* (voluntas testatoris), tunc favorabilius respondetur (servum) liberum fore». E mentre fra più disposizioni testamentarie incompatibili prevale l'ultima, come quella che rappresenta l'estrema volontà del testatore, ciò non si applica in materia di manomissione: fr. 14 pr. D. 31, cfr. Ferrini, *Presunz. in diritto romano*, num. 11. Così si capisce anche meglio perchè gli effetti di un negozio giuridico possano riferirsi a chi non vi ha preso parte: ad es. l'erede (sebbene necessario) è tenuto ad adempire i legati; il principale è obbligato in forza dell'altrui *gestio* (che per noi è atto giuridico in quanto vi si esplica l'intenzione lecita di amministrare gli affari altrui).

volontà effettiva delle parti, che sta a fondamento delle dichiarazioni e che talora colla dichiarazione medesima non coincide, è invece prevalente nel diritto classico e più ancora nel giustinianeo. Invero le fonti fanno continua menzione di *voluntas, animus, consensus, affectus* (cfr. ad es. i testi citati in Voigt., *XII Taf.*, I, § 37 n. 6, § 38 n. 4) e sebbene qua e là paia che la voce *voluntas* si riferisca alla dichiarazione esteriore (1), *consensus* all'esteriore coincidenza delle dichiarazioni (2), non può dubitarsi che la maggioranza de' testi accenni alla volontà effettiva (3) e lo stesso fatto, che *voluntas* passa a indicare talora la dichiarazione esterna, prova che quest'ultima si riteneva anzitutto quale indice di quella. E così il testamento è definito ad esempio « *voluntatis nostrae* iusta sententia de eo quod quis post mortem *suam fieri velit*»: fr. 1 D. 28, 1: la tradizione è giustificata, « nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam *voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre* ratam haberi » fr. 9; § 3 D. 41, 1 (dove *ratum habere* significa munire di giuridica protezione); si insegna, che « *concurrat oportet affectus* ex utraque parte contrahentium; nam sive venditio sive donatio sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit*, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest »: fr. 55 D. 44,7. Ho citato passi relativi a differenti negozii giuridici perchè

---

(1) *Presunzioni* cit., n. 16.

(2) Leonhard, *Irrthum bei nicht. Gesch.*, p. 1 seg. e 322 seg.

(3) V. l'apposita dissertazione (gottingense) di Fritsche, 1888.

resulti chiara la generale tendenza del diritto. Questo mira a « perducere ad effectum » quello che il concorrente consenso delle parti ha stabilito, a *ratum habere* la volontà di alienare del domino, a rendere *validiores* le *defunctorum voluntates* : § 1 *Inst.* 2, 20. Ma questa tendenza già forte nel diritto classico e più ancora nel diritto giustinianeo è contrastata da altre, che in casi particolari la vincono. Essa s'infrange almeno parzialmente contro i varii *favores* (vedi nelle note) ; essa si infrange contro le regole della forma, non solo in quanto non ha valore la volontà non dichiarata nella forma prescritta (v. avanti), ma anche in quanto non è ammissibile un significato che si possa ben provare con mezzi estrinseci, ma che resulti incompatibile colla dichiarazione (1). Inoltre vi sono casi, in cui

---

(1) Fr. 4 pr. D. 30 : « si quis, cum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit *vestem non deberi* ». — « Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere » : fr. 7, § 2 D. 33, 10. Nel diritto giustinianeo, tramontate le esigenze formali pei legati, si potè arrivare a una maggiore conciliazione degli effetti giuridici colla intenzione del testatore (§ 1 I. 2, 23 : Gradenwitz, *Interpolationen*, § 8); però il limite accennato ne' passi riferiti fu sempre mantenuto. In tutti i casi poi, in cui la volontà sia dubbia, o non occorrano altri criterii particolari, si segue la comune interpetrazione della dichiarazione, quella che è conforme all'uso prevalente nel paese, ecc. : v. *Presunzioni*, n. 14-15, il che vuol dire che gli effetti giuridici si possono rannodare direttamente ad una dichiarazione, anche se per avventura una conforme volontà non concorra. Si avverta da ultimo come la prova di una volontà non consentanea (sebbene non contradditoria) alla

taluno senza neppure avere voluto la dichiarazione è tenuto come se l'avesse voluta. Il principio è veramente quello che l'atto giuridico non sorge se non si vuole la dichiarazione (1): non sorge quindi se vi ha simulazione nota alla parte a cui la dichiarazione è rivolta (2). Sorgerà, invece, quando sianvi i requisiti opportuni, il negozio dissimulato. Tuttavia se taluno opera simulando che operi (ad es. contragga) un altro, non potranno derivare effetti per quest' ultimo: gli effetti si fermeranno nel primo: c. 6 C. 4, 50. Ma se taluno per trarre in inganno l'altra parte fa una dichiarazione senza volontà cor-

---

dichiarazione non era ammessa ugualmente in tutti gli atti giuridici. Il trattamento delle stipulazioni era più rigoroso di quello dei legati; si sogliono all'uopo confrontare due passi molto istruttivi presi entrambi da Pomponio, lib. IV *ad Q. Mucium* (fr. 110, § 1 D. 45, 1; fr. 33 D. 34, 2).

(1) Fr. 3 § 2 D. 44, 7: «nec enim si per iocum, puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero *spondes?* et tu responderis *spondeo*, nascetur obligatio». Cfr. l'importante fr. 24 D. 29, 1.

(2) Fr. 54 D. 44, 7; «contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate»: fr. 30 D. 23, 2: «simulatae nuptiae nullius momenti sunt». Cfr. fr. 55 D. 18, 1; fr. 36 ib.; c. 3, § 3, C. 5, 17; C. 4, 22 *per totum*, ecc. Alcuni negozii *simulati* o *immaginarii* erano però nel diritto classico rivolti al raggiungimento di fini indiretti (ad es., Gai., I, 118, 132, 134): il loro impiego cominciò quando veniva in considerazione il solo fatto della estrinseca dichiarazione e gradatamente discesero alla funzione di mera forma, in cui appunto li troviamo nel diritto classico, dove non hanno più significato autonomo.

rispondente (riserva mentale) non può invocare l'assenza di volontà per evitare gli effetti della dichiarazione medesima (1). Non è lecito adoperare gli strumenti giuridici contro il fine per cui sono riconosciuti; la loro efficacia in tal caso si manifesta contro chi maliziosamente o con grave colpa così li adopera. Ma vi ha di più. Mentre, come a suo luogo dimostreremo, quando un atto giuridico importa obbligazione per una parte, l'obbligazione stessa (salvo il caso di riserva mentale) si riduce al *minimum*, che è dimostrato conforme alla intenzione (2), ne' contratti bilaterali in cui ciascuna delle parti assume una obbligazione in vista ed in corrispondenza di quella, che assume l'altra, ogni dichiara-

---

(1) « Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit » (fr. 12 D. 2, 15). Qui il significato delle parole non era incompatibile colla « cogitatio » ; ma occorreva a render questa riconoscibile una riserva, che fu taciuta. Diversamente dovrebbe decidersi, se la riserva non fu maliziosamente (o per *lata culpa*) soppressa: « NON IMPROBE mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum quas tunc noverat scriptura contineretur » : fr. cit. Cfr. fr. 99 D. 45, 1 (dello stesso Celso): « nec rursum promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum » Qui io riferisco anche il fr. 110, § 1 D. 45, 1; poichè l'incondizionato *spondeo* del *promissor* include evidentemente una riserva mentale. Questa non ha ragione di essere nei testamenti, dove pertanto è diverso il trattamento: fr. 33 (34) D. 34, 2.

(2) « Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est » : fr. 99 D. 45, 1.

zione ambigua s'intende sempre a carico di colui che ne ha fissato i termini « in cuius potestate fuit legem apertius conscribere » (1). Questo principio di responsabilità in chi ha l'iniziativa e mette in moto l'atto giuriridico (2) completa l'altro dell'attuazione della volontà delle parti e serve di riprova all'insegnamento che vera fonte degli effetti giuridici è anche in questo campo il diritto oggettivo.

111. La dichiarazione (3) suole avvenire mediante la parola, orale o scritta: del resto sono ammissibili (ove non sia prescritta una forma determinata) anche altre maniere atte a manifestare l'intenzione di chi opera. Qui si astrae dagli atti simbolici, il cui uso nel diritto giustinianeo può dirsi, meno pochi esempii, sparito. Fra queste maniere occorre di frequente il *nutus* (cenno di capo); cf. fr. 21 pr. D. 32; fr. 1 § 3 D. 38, 4 (« quibuscumque verbis vel nutu »); fr. 52 § 1.° D. 44,7 (« nutu solo pleraque consistunt »): fr. 17 D. 46, 2: ma anche altri segni, come il *digito ostendere,* possono servire per fare o per compiere una dichiarazione: fr. 6 D. 12, 1 (fr. 58

---

(1) Le *leges emptionis* e *locationis* venivano redatte dal venditore e locatore: « veteribus placuit pactionem obscuram vel ambiguam venditori et ei qui locavit nocere »: fr. 39 D. 2, 14; fr. 21 e 23 D. 18, 1; fr. 4 D. 18, 6, ecc. V. *Presunzioni,* n. 15.

(2) Non parlo dell'iniziativa delle trattative che a questo conducono. Sulla relazione tra volontà e responsabilità negli atti giuridici v. (in senso parzialmente diverso) la prolusione del prof. Scialoja, Roma, 1884.

(3) In taluni atti giuridici essa è rivolta a determinate persone; in altri (p. es. nell'adizione di eredità) è una manifestazione che non si riferisce a veruno in particolare.

pr. D. 28, 5). Lo stesso silenzio (inteso come omissione di qualunque manifestazione) può essere sufficiente a indicare l'intenzione. L'unico esempio (e precisamente quello ignorato dai trattatisti) di silenzio preordinato a manifestazione di volontà, che ci offrono le fonti, è quello che occorreva nella *in iure cessio* (Gai., 2, 24) e nella *manumissio vindicta* (1).

112. Ma l'intenzione può apparire anche dal contegno di chi opera in una determinata guisa: quando tale modo di comportarsi non può spiegarsi che come conseguenza di quell'intenzione fondamentale, è ovvio assumerla. Alcuni atti giuridici anzi non si perfezionano che in tal modo: così l'occupazione, la derelizione, la *negotiorum gestio* (2), l'accettazione di eredità mediante la *pro herede gestio*, ecc. (3); altri invece possono anche perfezionarsi in tal modo. Per esempio se io accetto rate future di interessi

---

(1) Inoltre può il silenzio produrre effetti giuridici in quanto dal contegno di chi tace è dato argomentare alla sua intenzione: v. avanti e p. es. fr. 19 D. 39, 3. In altri casi taluno può impedire determinate conseguenze dell'atto altrui solo contraddicendo e protestando: se tale contraddizione manca, quegli effetti hanno il loro corso. Ma a ben vedere, non è che qui si abbiano gli effetti del silenzio: mancano piuttosto quelli della contraddizione: fr. 12 pr. D. 23, 1: c. 5 C. 5, 4; fr. 5 D. 1, 7; fr. 12, 16 D. 14, 6.

(2) Paul., fr. 15 D. 3, 5. Cfr. fr. 16 ib.: «cum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt sed unus contractus (manifestazione cioè di un'unica intenzione), nisi si ab initio ad unum negotium adcessit, ut finito eo discederet; *hoc enim casu si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit*, alius contractus est».

(3) La manumissione *per mensam* ha lo stesso carattere; essa però viene ad essere poi un atto simbolico.

(il cui ufficio è di compensare l'uso del capitale), ciò non ammette altra spiegazione, fuori di quella che io permetto al debitore di trattenere la somma capitale per tutto il periodo corrispondente («pactum de non petendo ad tempus»: fr. 57 pr. D. 2, 14). Se io continuo la lite incoata dal procuratore, ciò non può significare altro se non che io ne ratifico l'operato (fr. 5 D. 46, 8). In tal modo la restituzione del chirografo al debitore si intende equivalere a remissione del debito (fr. 2, § 1 D. 2, 14): il rimanere nel fondo o nella casa locata dopo scaduto il tempo senza opposizione del locatore s'intende equivalere a riconduzione (fr. 13 § 11 D. 19, 2), e così via. La differenza fra queste maniere di manifestazione di volontà e le precedenti sta in ciò, che queste sogliono avere per fine tale manifestazione, non invece quelle. Ma poichè in sostanza la funzione è la stessa e la differenza per noi, che nelle dichiarazioni in generale riteniamo che basti l'intenzione diretta agli effetti empirici, ha pochissimo rilievo, possiamo considerarle tutte ad una stregua sull'esempio delle fonti (1). Le regole sono per vero

---

(1) Fr. 95 D. 29, 2: «non tantum.... *verbis*, *sed etiam re*»; fr. 5 D. 46, 8: «non tantum *verbis.... sed etiam actu*». Il fatto che qui manca una dichiarazione orale o scritta *diretta* fa sì che spesso si dica, che il negozio si è conchiuso *tacite* o *taciturnitate*: fr. 2, § 1, 57 pr. D. 2, 14; fr. 13, § 11 D. 19, 2, ecc. La dichiarazione orale o scritta potrebbe esserci, ma diretta ad altro fine, pur essendo indirettamente valida manifestazione. L'adozione di un servo equivale a manomissione, non essendo possibile volere in luogo di proprio figlio legittimo chi non sia libero (§ 12 I. 1, 11); la nomina testamentaria del proprio servo a tutore dei figli implica per la stessa ra-

le stesse. Se il contegno di taluno non ammette che una sola spiegazione, non vi è modo di sottrarsi alle conseguenze, proprio come quando taluno abbia usato parole che non possono avere che quel significato. Se il contegno di taluno ammette una spiegazione come normale, conforme cioè al modo comune di vedere e altre remote e inverosimili, toccherà a colui che voglia evitare le conseguenze di quella dimostrare che eccezionalmente nel caso concreto è vera una di queste; come dovrebbe farsi in una dichiarazione esplicita, se taluno avesse usato parole in un significato non impossibile, ma remoto dall'uso comune. Per esempio potrà uno dimostrare che ha locato o riparato la casa creditaria «non hoc animo quasi pro herede gereret (che è la normale significazione di tali atti), sed dum ei qui substitutus est vel ab intestato heres extiturus est prospicit». Ad agevolare siffatta prova è conveniente che colui, il quale sta per intraprendere un atto, che avrebbe secondo il modo comune di vedere una data significazione, ch'egli vuole escludere, faccia una protesta od una riserva, secondo i casi, manifestando esplicitamente la sua contraria intenzione v. fr. 14, § 7, 8 D. 11, 7; fr. 6 D. 14, 6 e così via (1).

---

gione manumissione: «TACITE (nonostante che siavi la disposizione testamentaria) libertatem directam accepisse videri»; § 1 I. 1, 14, ecc.

(1) In tutta questa materia va lasciato in disparte il fallace concetto di *volontà presunta*, il quale non serve che ad intorbidare le dottrine accennate nel testo: cfr. *Presunzioni*, nn. 17-19. Bisogna avvertire che i giuristi romani parlano di *pignus tacite contractum*, di *tacita conventio* o *pactio* (ad. es. fr. 3 D. 20, 2; c. 7, C. 8, 14

113. Quando per un atto giuridico è prescritto che la dichiarazione debba farsi in una forma determinata, l'atto si dice *solenne* o anche *formale.* Tali in diritto giustinianeo sono la stipulazione, la donazione superiore ai 500 solidi, il testamento, ecc. Anche le parti possono disporre che il negozio (che potrebbe farsi in qualunque forma) non abbia da ritenersi conchiuso, che quando siano state osservate determinate formalità.

114. Quando la forma prescritta non sia di ostacolo (per esempio quella della stipulazione, che esige la presenza delle parti), taluno può comunicare la dichiarazione propria per mezzo di lettera o di nunzio. Il nunzio non è altro che un organo di trasmissione; esso non fa che riprodurre l'*altrui* dichiarazione; la sua personale capacità non viene in

---

[15]), dove si ha un pegno introdotto per legge, prescindendosi dalla volontà delle parti. Essi sanno però molto bene che non è la stessa cosa e dove parlano con precisione distinguono fra servi *ob pensionem obligati* e servi che *ob conventionem-pignoris tenentur* (fr. 9 D. 20, 2), Tutto dipende dalla finzione che qui probabilmente si usava nella formula (fr. 4 pr. ib.: « *quasi* id tacite convenerit ») ; ma tale rimedio processuale non deve turbare i principii dommatici. Altrove pare che il silenzio del pazzo si assuma come consenso: fr. 2, § 2 D. 24, 3: « ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet ». Ma la sostanza del ragionamento è questa: occorre che la figlia, la quale possa manifestare il suo dissenso, non si opponga; se essa è pazza e non può quindi *contradicere*, si può ritenere sufficiente la volontà del padre. Il giurista usa una formola positiva in luogo della negativa che sarebbe più esatta (dove non c'è possibilità di dichiararsi, manca il dissenso che impedirebbe gli effetti dell'atto del padre).

considerazione (potrebb'essere anche un servo altrui ovvero un fanciullo, purchè sia in grado di ripetere le parole insegnategli). In tali casi siamo sempre noi che facciamo la dichiarazione; il nuncio non fa altro che porgere il suo *ministerium* per trasmetterla. Gajo, dopo aver parlato di casi, in cui « neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotia gerunt consentire », soggiunge che « inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam vel per nuntium » (1).

115. Diverso è il problema, se un negozio giuridico possa essere efficacemente conchiuso da altri per conto nostro: se cioè il diritto romano ammetta nei negozi giuridici la rappresentanza diretta. Qui non si intende discorrere de' casi, di cui abbiamo parlato e parleremo ancora, dove il servo o il *filius familias* acquistano direttamente al patrimonio del *paterfamilias* (2). Il concetto fondamentale è che nella famiglia non vi è che un patrimonio solo e che di esso è titolare il *paterfamilias*; che tutti gli

---

(1) Fr. 2, §§ 1-2 D. 44, 7. Cfr. fr. 14, §§ 3 e 15 D. 13, 5. Nel secondo passo Paolo avverte, come il nunzio « ministerium tantummodo praestare videtur ».

(2) S'avvicina piuttosto al concetto della rappresentanza la serie dei casi, in cui il figlio o il servo obbligano il *paterfamilias*: in modo speciale quello dell'*actio quod iussu*, di cui diremo nel diritto di famiglia. Notevole si è che nel diritto pubblico il concetto della rappresentanza ha incontrato minori difficoltà: si pensi alla *leges datae* e ad altri istituti. Cfr. fr. 6, § 1 D. 3, 4: « si decuriones decreverunt actionem per eum movendam quem duumviri elegerint, *is videtur ab ordine electus* et ideo experiri potest: parvi enim refert, *ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit* ».

altri componenti in senso lato la *familia* sono organi economici del *paterfamilias* stesso. Nel diritto nuovo il principio fondamentale è scosso e sopratutto per quello che concerne i *filiifamilias* il trattamento non è, come a suo luogo vedremo, senza inconseguenze. Nelle istituzioni, che si sono svolte dai rapporti di sovranità domestica e dominicale, dell'instizione e dell'*exercitium navis*, troviamo parimenti che l'*institor* e il *magister* nella respettiva cerchia di affari conchiudono atti giuridici obbligando verso i terzi il loro principale: sebbene non possa parlarsi di vera rappresentanza in quanto che tali effetti si rivolgono anche su di loro e anzi in prima linea su di loro.

116. Inoltre pel diritto classico abbiamo che: *a*) in certi casi si può acquistare il possesso [e per mezzo di questo la proprietà] per opera altrui; *b*) certi rappresentanti alienano efficacemente le cose di pertinenza dell'ente rappresentato. Del resto è regola che colui, il quale agisce per altri (tutore, curatore, *actor* o *syndicus*, procuratore, mandatario), produca effetti giuridici pel suo patrimonio, salvo l'obbligo o il diritto di riversare coi mezzi opportuni tali effetti sul patrimonio dell'ente rappresentato (1). I

---

(1) Cfr. c. 1 C. 4, 27: « Excepta possessionis causa, per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse indubitati iuris est ». Cfr. fr. 11 D. 44, 7. Le Istituzioni giustinianee (§ 5 I. 2, 9) riproducono ancora l'insegnamento conforme di Gajo (2, 91-95). Sullo sviluppo della rappresentanza *in adquirenda possessione* diremo parlando del possesso. Intanto si avverta che non solo col possesso si acquista in molti casi la proprietà; ma che per via dell'acquisto di questa possono nascere obbligazioni (ad es. di *mutuo*) direttamente nella persona del rappresentato. Anche la *bonorum possessio* può ottenersi a mezzo di rappresentante.

moderni designano tale trattamento col nome di « rappresentanza indiretta ».

117. Nel diritto nuovo i casi di rappresentanza diretta si vengono sempre più allargando e non solo il possesso può generalmente acquistarsi « per liberam personam » (1), ma può anche acquistarsi un diritto di pegno per via di rappresentante (2) e, per tacere di minori deviazioni dall'antico sistema, notiamo fin d'ora che non di rado l'obbligazione attiva o passiva scaturiente dall'atto conchiuso dal rappresentante trapassa direttamente nel rappresentato, difendendosi il primo mercè una eccezione. Sebbene qui pure col non negarsi ogni effetto per la persona del rappresentato (che resta difeso solo *ope exceptionis*) e col chiamare utile l'azione data al rappresentato o contro di lui si cerchi di mascherare lo strappo fatto alla regole antiche, questo non è meno riconoscibile e nella sostanza si può dire che l'indirizzo del diritto è stato mutato.

118. Lo sviluppo storico brevemente accennato c'insegna che, dove nel diritto romano è ammessa la c. d. rappresentanza diretta, si tratta di questo, che gli effetti dell'atto del rappresentante si rapportano al rappresentato (ciò che, come fu notato, non è del tutto alieno dalla natura del negozio giuridico). Non si bada quindi alla capacità di agire del rappresentato, che può essere un bambino, un pazzo, un ente collettivo (3). Quindi se il procura-

---

(1) Ad. es. c. 1 C. 7, 32 (interp.).

(2) c. 3 (2) pr C. 4, 27. Donde varie interpolazioni nel Digesto: fr. 11, § 6 D. 13, 7, ecc. Del resto qui non facciamo che richiamare alcuni punti, che avranno a loro posto svolgimento adeguato.

(3) Cfr. Ihering, *Geist*, 3, 173. L'obbiezione che ciò non

tore conosce il vizio della cosa comperata, non sorge l'azione edilizia ancorchè il domino l'ignori (1): la *scientia* del rappresentante viene in considerazione pure se fu comperata come servo una persona libera (2): il dolo *in ipso negotio* del rappresentante nuoce al rappresentato (3). Nel caso dell'acquisto del possesso per via di *procurator*, che è l'esempio più antico, valgono principii speciali, come

---

risponde all'intenzione delle parti ha per noi poca importanza dopo quanto abbiamo detto sulla natura in genere del negozio giuridico. Si dice che così non si perviene a distinguere il negozio del rappresentante dal contratto a favore dei terzi (Windscheid, *Pand.*, I, § 73, n. 17). E nel fatto vedremo che nei casi affatto sporadici, che nel diritto nuovo s'incontrano di quest'ultima figura, siamo ai confini della rappresentanza: in ogni modo la differenza sta in ciò, che nei contratti a favore dei terzi non si agisce in vece del terzo, cui si vuole acquistare il diritto.

(1) Fr. 51, § 1 D. 21, 1.

(2) Fr. 16, § 3 D. 40, 12. Cfr. per la *scientia* nell'adizione di eredità rispetto all'editto in fr. 30, § 1 D. 29, 2 il § 7 *ibid.* Cfr. fr. 22, § 5 D. 40, 12 (dove s'intende il *procurator omnium bonorum*).

(3) Fr. 4, § 17 D. 44, 4. Qui e altrove arrechiamo passi che si riferiscono al rapporto di potestà patria o dominicale, appunto in base allo sviluppo storico accennato nel testo. Nel caso di mandatario speciale (che non acquistava direttamente neppure il possesso al *domino*) valevano regole diverse: fr. 17 D. 40, 12. Se poi da un contratto sorgeva una *actio poenalis* in base alla *scientia* di un contraente, se il servo aveva fatto il contratto per ordine speciale del *domino sciente*, secondo le regole generali (v. il mio *Diritto penale romano* [Hoepli, 1898], p. 210 seg.), ne rispondeva il *domino*: fr. 17 D. 40, 12 e chiarissimo il fr. 2 D. 44, 6.

si vedrà nel libro seguente. Da ciò deriva che il rappresentante deve avere capacità di agire (1).

I testi che sembrano far procedere l'atto dalla volontà del rappresentato [fr. 22 pr. D. 40, 5; fr. 51 D. 21, 1] si rapportano ad atti di alienazione (*manumissio, datio*) e dicono che il rappresentante in tal caso dispone del diritto altrui (in base all'incarico, come talora in base all'ufficio), come ne disporrebbe il medesimo titolare. Non c'è lesione dei diritti di questo, poichè egli stesso vuole l'alienazione o l'altro la può compiere per ragione del suo ministero. È dunque come se il titolare stesso avesse alienato: *ego dedisse intellegor.*

119. La qualità di *rappresentante* può spettare (prescindendo, come si è detto, dai rapporti di famiglia) o per ragione di ufficio (tutore, curatore, *actor civitatis*, ecc.) o per volontà del rappresentato (procuratore). La figura veramente tipica è quella del procuratore generale (2) (*procurator omnium bonorum*): in origine questo suole essere un liberto che continua anche dopo la manumissione la generale amministrazione dei beni del suo patrono,

---

(1) Nella potestà dominicale il servo « *ἀπὸ προσώπου τοῦ δεσπότου χαρακτηρίζεται* » *ind. gr. delle Ist.*, II, 14, § 2. Il fr. 7, § 2 D. 14, 3 non osta, poichè si tratta di un *pupillus infantia maior* che agisce efficacemente in quanto non rende peggiore la sua condizione: resultato è che il *pupillus institor* non obbliga sè stesso, ma obbliga il principale « quoniam sibi imputare debet qui cum praeposuit »: cfr. fr. 8 *ib.*

(2) « paene dominus h e. *alieni iuris vicarius* », Cic., *pro Caec.*, 57: fr. 1, § 1 D. 3, 3. Cfr. Schlossmann, *Besitzerwerb durch Dritte* (1881); Scialoja, *Cultura*, I, 428 e seg. Lenel negli *Jahrb. f. Dogmat.*, 36, 83 e seg.

ch'egli aveva già tenuto come servo (*actor*) (1). Egli, è l'organo stabile, permanente dell'amministraz'one e tale si mantiene ancor quando a simile funzione si adibirono degli estranei con mandato generale.

Nel diritto giustinianeo il procuratore generale non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione ; ma talune almeno delle restrizioni (come quella di non alienare se non le cose facilmente deperibili) sembrano straniere al diritto classico (2). Inoltre può taluno essere incaricato della gestione di uno o più affari determinati (« is qui mandatum accepit » : *procurator* in senso improprio). L'incarico di amministrare può sempre essere revocato dal principale : cessa poi colla morte di quest'ultimo.

120. Se taluno ha concluso per altri un negozio giuridico senza averne incarico o — ciò che torna lo stesso — eccedendo i limiti dell'incarico assunto, occorre distinguere se colui, per cui l'atto fu gerito, ratifichi o no. Qui non intendiamo occuparci degli effetti della ratifica tra chi ha gerito e il principale (di essi vedremo parlando della *negotiorum gestio*) ; bensì di quelli concernenti l'atto giuridico in sè stesso e di fronte ai terzi. Se l'atto è tale, che un rappresentante autorizzato lo possa compiere con diretta efficacia pel principale (acquisto di possesso e proprietà, alienazione di proprietà o diritti reali,

---

(1) *Dominus* si dice il rappresentato qui e altrove; forse l'uso deriva dal fatto che il principale del *procurator o. b.* soleva essere il suo antico padrone.

(2) Bonfante, *Facoltà e dec. del procuratore romano* (Studii per Schupfer, 1892, vol. I).

petizione di *bonorum possessio*, ecc.), tale efficacia mancante inizialmente all'atto deriva dalla successiva ratifica (1) ; nel diritto giustinianeo dove come, abbiamo visto spesso sono date pro o contro il rappresentato « azioni utili » queste possono anche concedersi in base alla ratifica (vedi ad es. l'interpol. in c. 7, § 3, C. 4, 26 — Lenel, *Arch. f. die civ. Pr.*, vol. 78, p. 361 sgg.). In tutti gli altri casi si avranno gli effetti indiretti, che avrebbe l'atto conchiuso dal gestore per ufficio o per mandato. La ratifica esplica l'efficacia sua in senso retroattivo : « hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit »: fr. 16, § 1 D. 20, 1. Giustiniano accentua molto energicamente il principio : c. 7 pr. C. 4, 28 : c. 25, § 2 C. 5, 16. Una tale retroattività non va però intesa in senso assoluto e non deve ad esempio credersi che per essa si pregiudichino i diritti quesiti nel frattempo dai terzi (2). Inoltre non è che l'atto si tratti, come se fosse stato a suo tempo conchiuso con regolare mandato ; gli è piuttosto che esso si considera come *conchiuso al tempo della ratifica,* sebbene retro operante fin dal momento in cui fu materialmente posto. Donde deriva che se esso non potrebbe più compiersi al tempo della

---

(1) Paul., *Sent.*, 5, 2, 2 ; fr. 42, § 1 D. 41, 2 ; fr. 3, § 7 D. 37, 1; fr. 20 pr. D. 13, 7, ecc.

(2) Questo discende dai principii generali; una testimonianza esplicita non abbiamo, cfr. Bertolini, *Ratifica*, I, p. 68 segg. Un caso in cui tale limitazione non sarebbe osservata trova il Windscheid, *Pand.*, I[7], § 74, p. 193 nel fr. 71, § 2 D. 46, 3 ; ma v. in contrario Dernburg, *Pand.*, I, 191, n. 10.

ratifica (mentre poteva compiersi quando venne posto), questa non esplica veruna efficacia (1) (2).

121. La ratifica non esige alcuna forma particolare (fr. 5 D. h. t.) : frequente anzi è la così detta « tacita ratihabitio » : c. 9, § 1 C. 4, 5 : fr. 66 D. 46, 1, ecc. Anche se l'atto conchiuso dal gestore fosse solenne e dovesse essere compiuto con determinate formalità, la ratifica è libera da ogni osservanza formale. La ratifica può essere anche parziale, s'intende purchè la natura del negozio lo permetta e non vengano compromessi così gl'interessi e del gestore e dei terzi (3). Negata che sia

---

(1) Il gestore ha in tempo utile chiesta la *bonorum possessio*: la ratifica deve pure susseguire entro il periodo utile, altrimenti non ha valore: « praeteritis... diebus, frustra ratum habebit » : fr. 5 pr. D. 38, 15; fr. 24 pr. D. 46, 8. Così se si esige il pagamento di un debito e la ratifica sussegue, quando il debitore è già liberato per decorso del tempo: fr. 25, § 1 D. 46, 8. Celso nel fr. 71, § 1 D. 46, 3 parlava dello *sponsor* o del *fideipromissor* anzichè del *fideiussor*, come ora si legge (cfr. Gai., 3, 121). La ragione per cui è valida la ratifica del pagamento di quelli ricevuto entro il biennio dal gestore, sebbene essa avvenga *post biennium*, sta in ciò, che continua ad esistere il debito principale e ognuno può pagare per altri e non può più ripetere il pagato, ove sia stato ricevuto dal vero creditore, ciò che qui si ha appunto colla ratifica: *nec repetere potest* (cfr. in sostanza Cuiacio, *tractat. VI ad Afr.*, ad l. 15 D. *iud. solvi*).

(2) Se nel frattempo il gestore è morto, divenuto incapace, ecc. pel diritto classico era logicamente impossibile la ratifica. V. la manifesta interpolazione in fr. 24, § 1 D. *h. t.*, 46, 8.

(3) Zimmermann, *Stellvetr. neg. gestio,* p. 180. Cfr. fr. 17 e 18 D. *h. t.* (46, 8). Il fr. 4, § 1 D. 45, 1 *in fine* dice solo che la ratifica parziale non esonera dal paga-

la ratifica sia esplicitamente, sia implicitamente (col fare atto contrario al contenuto della ratifica stessa), non può più il principale pentirsene e ratificare poi: lo stesso dicasi, quando il principale abbia lasciato passare il tempo, in cui la ratifica sua avrebbe dovuto verificarsi (1).

122. Le principali distinzioni degli atti giuridici sono le seguenti:

Atti *unilaterali* (in cui si ha la dichiarazione di volontà di una sola parte) (2) e *bilaterali* (in cui concorrono alla formazione le dichiarazioni di più parti). Esempio dei primi: l'occupazione, la derelizione, la pollicitazione, il testamento; dei secondi: la tradizione, l'adozione, l'emancipazione, i contratti, ecc.

123. Si distinguono ancora atti onerosi e atti gratuiti, secondo che la parte, la quale in forza di un atto giuridico acquista un diritto patrimoniale, dà o no un corrispettivo. Negli atti gratuiti si com-

---

mento della penalità inserita nell'apposita stipulazione: v. anche Bertolini, *l. c.*, p. 99 segg.

(1) Fr. 13 D. 46, 3; fr. 62 *ibid.* Un atto contrario posto dal principale *nella ignoranza di ciò che ha fatto il gestore* non esclude il diritto alla ratifica: fr. 71, § 2, 3 *ibid.* Pur troppo anche su questi punti le interpolazioni scompigliano pel diritto giustinianeo la sicurezza delle norme: fr. 12, § 2 D. 46, 8 (v.is « sed ego-habituram »): fr. 8, § 1 *ibid* (v.is « sed cum debitor... manet »).

(2) Diciamo *parte* e non *persona*, poichè non è il numero delle persone, ma la loro posizione e la direzione della dichiarazione che importa. Ad es. è unilaterale la derelizione sebbene compiuta insieme dai varii comproprietarii della cosa o l'occupazione se anche più persone cospirano, ad es., all'uccisione o alla cattura di un grosso animale.

prendono tanto i *lucrativi*, che sono quelli, in cui si conferisce ad una parte un arricchimento per scopo di liberalità (le varie forme in cui si esplica la *causa donandi*, il legato, ecc.) quanto quelli in cui si pretende un corrispettivo che non abbia importanza patrimoniale (fr. 19, § 1 D. 39, 5; fr. 19, § 5, 6 *ib.*), ovvero si procura senza retribuzione un vantaggio, che non si configura come diretto arricchimento dell'altrui patrimonio (assunzione di mandato, di deposito; concessione di commodato, ecc.).

124. *Mortis causa* è quel negozio col quale taluno mira a regolare le sorti del suo patrimonio dopo la sua morte (istituzione in erede, legato, fedecommesso, *donatio mortis causa*). ovvero quel negozio in forza del quale taluno per effetto secondario o indiretto di tali disposizioni ottiene un beneficio patrimoniale (*capio mortis causa*). *Inter vivos* si dicono tutti gli altri atti giuridici, ancorchè — come in diritto giustiniano è possibile, § 13 I. 3, 19 — l'esecuzione delle obbligazioni indi nascenti non debba aver luogo che dopo la morte di una delle parti o di entrambe (p. es. « Centum post mortem tuam dari spondes? Spondeo »). Infatti qui non è la *morte* come tale causa del negozio: essa non segna che un termine. Viceversa si può avere un negozio a causa di morte, se anche gli effetti cominciano durante la vita delle parti; io posso donare nella previsione di morire coll'effetto di rendere subito proprietario il donatario: cfr. fr. 2 D. h. t. (39,6), sebbene la donazione non si confermi definitivamente che colla premorienza o commorienza almeno del donante.

125. Già si è detto che alcuni atti sono assoggettati a forme determinate; altri sono liberi da ogni vincolo di forma. In questi ultimi tutta l'at-

tenzione si concentra sul contenuto, che solo li caratterizza; se il contenuto non basta a caratterizzarli, vuol dire che essi non avranno esistenza isolata, ma saranno elementi di figure più complesse e nettamente definite. Nei negozii a forma predeterminata occorre invece distinguere:

a) Vi hanno forme che servono ad esprimere un contenuto unico che si attua in un'unica maniera (adozione, manomissione, istituzione in erede, ecc.).

b) Vi hanno forme che servono ad esprimere un contenuto unico che si attua in una maniera diversa, producendo diritti reali, obbligazioni, estinzioni di obbligazioni, ecc.: es. legato (specialmente dopo la decadenza dei tipi primitivi).

c) Vi hanno forme che servono ad esprimere contenuti diversi, che però si attuano nella stessa maniera (creando o distruggendo un diritto reale od obbligatorio). Tali erano i *nomina transcripticia*, tale è ancora in diritto giustinianeo la *stipulazione*. Nel diritto classico è tale la *mancipatio* (che in origine apparteneva alla categoria *a*, giacchè serviva solo allo scambio effettivo di merce e pecunia): nel diritto classico e giustinianeo è tale l'accettilazione (che pure in origine apparteneva a tale categoria, v. più avanti), come specialmente lo Hartmann ha dimostrato.

126. Il tipo dei negozii amorfi è dato dal loro contenuto; quello dei negozii solenni dal contenuto e dalla forma insieme, ovvero dalla sola forma (categoria *c*). Questi ultimi si chiamano in modo speciale *negozii formali*. Essi consistono non appena (dati — s'intende — i requisiti generali soggettivi o oggettivi) siano mantenute le forme prescritte; gli altri invece quando sianvi gli estremi necessari di contenuto e di forma (categoria *a* e *b*) o siavi quel contenuto

che basta alla struttura tipica del negozio. Tali elementi, richiesti perchè il negozio tipico esista, si dicono dai moderni *essenziali*. Il negozio tipico ha, come si è già avuto occasione di osservare, una propria *natura* (ad es. fr. 27, § 2 D. 2, 14); vale a dire un trattamento il quale è determinato dal diritto obbiettivo come specialmente conforme all'indole sua (1), ma che — purchè siano rispettati i termini essenziali — può essere modificato dalla disposizione delle parti. Tali elementi si dicono non male dai moderni *naturali*. Finalmente le parti possono alla maggior parte dei negozii aggiungere nuovi elementi, che nè appartegono all'essenza, nè derivano dall'indole del negozio stesso, e neppure sono intesi a sostituire quelli che ne derivano; tali elementi si dicono *accidentali*. Ad es.: è *essenziale* del contratto di compravendita che nascano due obbligazioni, una diretta alla prestazione della merce, l'altra a quella del prezzo; è *naturale* che il venditore fino alla consegna custodisca la merce da buon padre di famiglia, senza però rispondere del caso fortuito: è *accidentale* che il venditore si riservi di considerare risolto il contratto, se entro un certo tempo un terzo gli farà una migliore offerta. Se le parti dispongono che il venditore prima della consegna sia responsabile solo per le gravi negligenze o viceversa che sopporti il caso fortuito, sostituiscono elementi nuovi a quelli naturali. Se le parti dispongono *in ipso contractu* che il prezzo non sia da pagare, vanno contro all'essenza del negozio e non permettono a questo di coesistere.

---

(1) Cfr. ad es. fr. 11, § 1 D. 19, 1: « ... ea.... quae *naturaliter* insunt huius iudicii (empti venditi) potestate... ».

127. I negozi, la cui tipica struttura è determinata esclusivamente o parzialmente dal contenuto, si dicono dai moderni *causali:* ciò che ne costituisce il tipo forma il *motivo prossimo*, la *causa diretta* per cui le parti addivengono al negozio medesimo. Nella locazione l'una delle parti mira ad avere il godimento della cosa, l'altra a ricavare un profitto pecuniario cedendone l'uso: il tipo del negozio consiste appunto nell' ottenere lo scambio reciproco di tali prestazioni. Analogamente si dica di tutti gli altri negozii delle categorie *a* e *b*. Dalla « causa » così intesa si distinguono i *semplici motivi*, che sono le rappresentazioni intellettuali generanti la serie degli atti volitivi, che mettono capo alla *causa* strettamente determinata. Nel caso citato i motivi pel conduttore saranno che egli vuol passare alcuni mesi in quella città, perchè ha degli affari da compiere ivi, affari che ha dovuto assumere per ritrarre il mantenimento della famiglia, ecc. Tali motivi, che non sono capaci come la causa di una rappresentazione obbiettiva e tipica (1), non sogliono venire in considerazione pel diritto (2) e ad es. non sarebbe punto infirmata la locazione di quell'appartamento se gli affari, per cui m'ero determinato a venire in città ad abitarlo, vanno in fumo per impreviste circostanze.

128. Più cause possono essere fra loro concatenate: ad es. il compratore nel pagare il prezzo (atto giuridico del « pagamento ») ha per mira di liberarsi dal vincolo in cui si trova verso il venditore; questa è anche la *causa* del pagamento stesso.

---

(1) Scialoja, *Lezioni litogr.*, 1892-93, p. 172 seg.
(2) V. però nel trattato delle successioni.

Ma questo a sua volta ha *causa* nell'antecedente compravendita. E se pensiamo che la compravendita può essere stata imposta per testamento (legato), arriveremo ad una *causa* ulteriore. La serie delle cause può avere una importanza giuridica, mentre invece questa non suole spettare ad una serie di *motivi* semplici.

129. Nei negozii formali non si può dire che l'essenza o la struttura tipica di essi sia la corrispondenza obbiettiva della causa. Il dire che qui *causa* è la stessa forma è dire cosa vana. Naturalmente se anco il negozio si presenta indifferente rispetto alla possibile varietà del contenuto e tutto ravvolto nel rigore formale, esiste qui pure una ragione prossima per cui la parte si vale di tale strumento: ragione cui può corrispondere o non corrispondere (falsa causa) una obbiettiva realtà. Io prometto a Tizio stipulante di dargli cento: la stipulazione è perfetta colla congrua risposta, ma evidentemente la ragione per cui io prometto di dare non è qui: niuno sano di mente promette per promettere; la *causa* sarà che io voglio donare, che io voglio novare una precedente obbligazione, garantire una obbligazione altrui, costituire una dote e così via Io accettilo: colla pronunzia che io faccio delle solenni parole in risposta alla solenne domanda il negozio remissorio è esaurito; ma la *causa* per cu io addivengo a tale atto non appare ancora. Può essere che io accettili *animo donandi*, può darsi che lo faccia *animo solvendi* (ad es. se un legato mi impone di ciò fare), che lo faccia per dar vita ad una obbligazione dell'altra parte (« facio ut des »), e così via.

Se non che, a ben vedere, questa indifferenza rispetto alla *causa* è più apparente che reale. La

ragione di tale indifferenza sta semplicemente in ciò, che tali *negozi* non compaiono mai isolati nel mondo giuridico, *ma come elementi di altri negozii* (causali) *piu complessi*. La pura stipulazione non è che un esempio scolastico; la vita non la conosce. Chi promette allo stipulante, nova, garantisce, dona, costituisce una dote, ecc.: ora *novazione, fideiussione, donazione, costituzione di dote* sono negozii giuridici complessi: la correlativa dichiarazione di volontà, se anche non resulta dalla stipulazione come tale, la precede o l'accompagna e ne completa la funzione. Lo stesso dicasi dell'accettilazione e — pel diritto classico — della *mancipatio* e della *in iure cessio*. Se la causa corrispondente al negozio più complicato, di cui tali atti sono un elemento, si rivela insussistente, vuol dire che il negozio stesso non viene in essere e gli effetti che l'istrumento adoperato produce per virtù propria si eliminano con tutti i mezzi che il diritto pone a disposizione (*exceptiones, condictiones*).

130. Vi sono anche atti non formali, che non hanno un contenuto abbastanza determinato per esaurire una causa: per ciò appunto essi non figurano mai isolati, ma come elementi di negozii giuridici più complessi. Tali sono la tradizione, il patto remissorio (1). La tradizione è un modo di trasmet-

---

(1) Si può prendere un'altra categoria di patti: quelli producenti obbligazioni. Come è noto, il loro valore dipende dalla *causa* ossia dalla tipica struttura del negozio di cui sono un elemento o anzi l'elemento precipuo (fr. 7, §§ 1-4 D. 2. 14). Anzi qui in una particolare applicazione gli stessi giuristi parlano di *causa quae subest:* parlano di *iusta causa conventionis* come di *iusta causa traditionis*; di *nuda conventio* o *nudum pactum* (fr. 8

tere la proprietà, che può verificarsi per *cause* molto diverse, che danno vita appunto a quel complesso negozio di cui essa è elemento. « Si trade donandi, solvendi, credendi, dotis constituendae causa, etc. ». Se manca la causa opportuna a giustificare il trapasso di proprietà, la tradizione non ha effetto, non essendo essa un atto formale che operi per virtù della sua stessa forma.

Da ultimo si avverta non essere incompatibile colla natura di negozio causale l'attitudine ad assumere un'altra causa oltre quella costitutiva di esso: un mutuo od una vendita possono essere fatti *solvendi causa* se l'obbligazione di addivenire a tali contratti è stata imposta per disposizione testamentaria; un legato può servire a costituire una dote (Czyhlarz, *Dotalrecht*. p. 138: Ferrini, *Legati*. p. 72).

131. Lo studio degli elementi essenziali e naturali dei negozii giuridici non può farsi che nella esposizione particolare di ciascuno di essi, trattandosi di considerarne il *tipo* e la *natura*. Alcuni elementi accidentali invece si possono considerare in modo generico in questa stessa trattazione preliminare, riducendosi essi a categorie sostanzialmente applicabili a negozî diversi con secondarie modificazioni.

132. Anzitutto giova prendere in esame la *condizione*. Essa è un avvenimento futuro ed obbiettivamente (1) incerto, da cui l'autore o gli autori

---

D. 19, 5: fr. 7, § 4 cit., ecc.), come di *nuda traditio* (fr. 31 pr. D. 41, 1). Il gruppo dei patti remissorii, di quelli cioè che tendono a eliminare in tutto o in parte l'efficacia di una obbligazione, può considerarsi parallelamente: esso può essere saturato da cause molto diverse.

(1) Le fonti designano come *condicio* (fr. 16 D. 28, 3)

di un negozio giuridico ne fanno dipendere gli effetti. Ad es. « si navis ex Asia venerit, centum dabis? dabo »: « si navis ex Asia venerit, centum Lucio Titio lego ». Nel concetto romano la condizione è un elemento estrinseco (1), che sospende il momento

---

anche l'avvenimento obbiettivamente certo, ma dalle parti non conosciuto, da cui questi fanno dipendere l'efficacia del negozio. È chiaro però che qui il negozio o sussiste addirittura perfetto o non sussiste affatto e che non è stato aggiunto alcun nuovo elemento estraneo ai *naturalia* del negozio stesso: § 6 I. 3, 15; fr. 37, 38 D. 12, 1; fr. 100 D. 45, 1. Papiniano avverte saviamente che qui l'aggiunta non ha *potestatem condicionis* (fr. 39 D. 12, 1) e che non va considerata *ad instar condicionis*: fr. 120 D. 45, 1. L'avvenimento obbiettivamente certo è di solito *passato* o *presente*; ma può essere anche futuro, p. es. la morte di alcuno (fr. 79 pr. D. 35, 1: *purum legatum est*): cfr. fr. 20 pr. D. 28, 7 (*in fine*). Sulla « condicio quae omnimodo extatura est » v. il fr. 9, § 1 D. 46, 2. Le fonti dicono che « in rerum natura *omnia certa sunt, quae futura utique fiunt* » (fr. 28, § 5 D. 5, 1); ma che si deve guardare « an, quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri » (fr. 38 D. 12, 1). È vero che l'imperfetta *hominum natura* può rendere impossibile la nozione certa di fatti attuali (v. fr. 28, § 5 cit.), ma ciò non toglie che quando la verità è palesata si possa dire *con tutta sicurezza*, che *così stavano le cose*, quando fu conchiuso il negozio e quindi che la incertezza non fu che soggettiva.

(1) Se l'incertezza non deriva da un elemento estraneo al negozio e preso in speciale considerazione dalle parti, ma dalla natura stessa del negozio giuridico, non siamo più in tema di *condizione*, anzi neppure nel campo degli *accidentalia negotii*. Ad es. non è condizionale un legato pel fatto che la sua sussistenza pende dall'adizione dell'erede testamentario; al punto che si ha come *puro* e

di perfezione del negozio giuridico (1). Ne' primi tempi, in cui furono lecite le aggiunzioni di *condiciones* agli atti giuridici, tale principio dovette essere applicato rigorosamente, come ci attestano le traccie, che il diritto più sviluppato conserva, sovratutto per gli atti *mortis causa*, Se, come vedremo a proposito della *condicio pendens*, non si può negare che in questo diritto il negozio condizionale abbia alcuni effetti (2), questi sono specialmente preordinati a rendere possibile la piena esplicazione dell'atto nel caso che la condizione si avveri; sicchè si potrebbero distinguere due stadii nella perfezione del negozio e così appunto distinguono varii moderni (3). Tuttavia, mancando la condizione, quegli effetti prodromici sogliono cessare, e però si dice nelle fonti essere in tal caso come se il negozio giuridico non avesse avuto luogo: « perinde est ac si nulla stipulatio intervenisset » (4).

---

cioè spoglio da determinazioni accessorie il legato lasciato sotto la condizione stessa, sotto la quale è istituito l'erede (« si navis ex Asia venerit »).

(1) Questo punto è molto combattuto. Io ne trovo una prova cospicua nelle regole concernenti la catoniana: cfr. *Legati*, p. 553 segg. V. più avanti dove si parlerà della *condicio pendens*.

(2) Mi pare molto istruttivo il raffronto fra la decisione di Labeone e quella di Giavoleno nel fr. 80 D. 23, 3. Il primo non tiene verun calcolo del rapporto tuttora pendente.

(3) Köppen, *Iahrb. f. die Dogm.*, XI, p. 171 segg.

(4) Fr. 36 D. 12, 1. « Deficiente condicione nullam esse venditionem »: fr. 19 D. 18, 4. Se dunque nella mancanza della condizione non rimane *nulla*, è ovvio concludere che il negozio giuridico non è perfetto, se non quando siasi deciso l'evento; questo precisamente leggesi

133. Questi ragionamenti si applicano alla condizione, che i moderni con frase modellata sulla locuzione della c. 5 cit. chiamano *sospensiva* (anche in c. 25 pr. C. 8, 53 [54] si parla di « donatio condicionibus suspensa »). Di fronte a questa viene collocata la *condizione risolutiva*: la locuzione è presa da alcuni passi, in cui si dice che una compravendita pel verificarsi di un determinato evento *si risolve* (1). Tale condizione suolsi definire come l'evento futuro e incerto, da cui si fa dipendere la cessazione degli effetti di un negozio giuridico.

Una simile clausola era affatto impossibile per l'antico diritto romano. Non si ammette che il negozio che forma la cagione per cui sorge un diritto contenga anche il germe della sua distruzione (2). Non si può creare una proprietà temporanea (3) (e neppure una servitù prediale) (4); una disposizione

---

in varii passi: « venditio condicione suspenditur », c. 5 C. 4, 48 e « cum nondum putat condicionem extitisse, quasi *nondum putat sibi emisse* » fr. 2, § 2 D. 41, 4, ecc.

(1) « Emptio quae sub condicione resolvitur »: fr. 2 pr. D. 18, 2; fr. 1 D. 18, 3.

(2) I diritti essenzialmente temporanei (tipico è *l'usufrutto*) possono naturalmente costituirsi in modo che cessino al verificarsi di un dato evento; ma qui non si ha in sostanza che la *misura*, in cui essi vengono costituiti. Ciò si rannoda alla massima « usus fructus cottidie constituitur », che sarà da noi a suo tempo spiegata: v. intanto Vat. fr. 48 e 52; fr. 16, § 2 D. 10, 2; fr. 6 D. 33, 2, ecc.

(3) V. avanti e intanto Pflüger nell'*Archiv. f. die c. Pr.*, 78, p. 401 segg. Vedremo come anche nel diritto giustinianeo l'antico insegnamento perduri sostanzialmente.

(4) Fr. 4 pr. D. 8, 1: « servitutes quidem ipso iure.... neque *ad certam condicionem*, verbi gratia *quamdiu volam* constitui possunt ».

quindi di un negozio giuridico costitutivo di tale diritto che implichi la sua cessazione al verificarsi di un dato evento non avrebbe valore. Anche una obbligazione non può costituirsi in modo che, taluno all'avverarsi di un determinato evento cessi di essere obbligato (1).

134. Nei contratti bilaterali e sovratutto nella compravendita era però lecito stabilire che, verificandosi un dato avvenimento, una delle parti potesse agire per la risoluzione del contratto: questa facoltà concessa ad uno de' contraenti è considerata nel diritto classico come una parte del corrispettivo e quindi si può far valere colla stessa azione contrattuale. Il compratore può riserbarsi il diritto di far risolvere il contratto, se la merce entro un dato tempo gli verrà a dispiacere (ad es. fr. 3 D. 20, 6); il venditore, se entro un dato tempo non è pagato il prezzo o gli vien fatta da un terzo una migliore proposta. In sostanza qui abbiamo una compravendita *pura* e un patto accessorio condizionale (sotto condizione *sospensiva*), per cui all'avverarsi di un

---

(1) Fr. 55 D. 30: « nec... *condicione finiri* obligatio heredis legatorum nomine potest ». Quindi (fr. 44, § 1, 2 D. 44, 7) « condicio efficax est, *quae in constituenda obligatione inseritur* (la c. d. sospensiva), *non quae post perfectam eam ponitur* (perfetta è l'obbligazione, quando è nata), veluti: *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit?* ». L'esempio va tradotto così: *Ti obblighi a dar cento in modo da cessare di essere obbligato se viene la nave dall'Asia?* Questo significato della particella *nisi* è chiaro per varii testi: cfr. fr. 3 D. 20, 6; fr. 4 pr. D. 18, 3; fr. 1 D. 18, 2, ecc., per cui si dimostra erronea la trasposizione proposta nella sua edizione dal Mommsen. Sul principio in genere, che « ad tempus deberi non potest », v. fr. 56, § 4 D. 45, 1 e § 3 I. 3, 15.

dato evento una delle parti può agire per la risoluzione (1). Così precisamente considerano il caso i giuristi romani: « erit *pura emptio*, quae sub *condicione resolvitur* » (fr. 2, pr. D. 18, 2) (2). È dunque sotto condizione (sospensiva) il patto risolutivo. Questo dice Paolo (fr. 2, § 3 D. 41, 4): « videamus utrum *condicio* sit hoc (una condizione sospensiva della compravendita), AN CONVENTIO (uno speciale patto accessorio condizionale): SI CONVENTIO, magis resolvetur, quam implebitur ».

Sviluppata la dottrina dei patti, da una stipulazione concepita così: « C. dare spondes, nisi navis ex Asia venerit? », si arguì l'esistenza di un *pactum de non petendo* sotto condizione (sospensiva). L'applicazione pare risalire a Giuliano pel caso affatto identico di termine *ad quem* (3). Per un legato potrebbe pensarsi ad una *tacita ademptio* parimenti sotto condizione sospensiva.

---

(1) Le parti possono anche far dipendere la perfezione della vendita dall'esito negativo della ipotesi; in tal caso si avrebbe un esempio ordinario di compravendita sotto condizione sospensiva: fr. 2 pr. *in fine* D. 18, 2, ecc. Questa sola è pei Romani *venditio condicionalis*, fr. 4 pr. D. *ib.* Per dire che la condizione deve assumersi (secondo il linguaggio moderno) come risolutiva anzichè come sospensiva, Ulpiano dice: « magis est, ut sub condicione resolvi emptio, quam sub condicione contrahi videatur »; fr. 1 D. 18, 3; fr. 2, § 3, 4 D. 41, 4.

(2) « *pure vendito* et in diem addicto fundo »: fr. 4, § 3 D. 18, 2, ecc.

(3) Fr. 56, § 4 D. 45, 1: « decem *quoad vivam* dari spondes?.... heres... *exceptione pacti summovendus est*, nam *stipulatorem id egisse ne heres eius peteret*, palam est ». Cfr. fr. 44, § 2 D. 44, 7, dove però come nel § 1 la menzione dell'*exceptio* parmi interpolata.

Il risultato sarebbe dunque che per diritto romano una vera *condicio resolutiva* non esiste: chè ben possiamo avere una congiunzione di un negozio costitutivo puro con altro negozio operante in senso inverso sotto condizione sospensiva (1). Questo risultato non va però assunto in modo assoluto dopo che per iniziativa di Marcello si cominciarono ad ammettere alcuni effetti immediati della condizione opposta, di cui diremo più avanti. Tali effetti vanno sempre più largamente riconoscendosi, in modo da fare apparire la condizione siccome un elemento del negozio principale, che, verificandosi, ne limita e in certa guisa ne elimina l'efficacia. Si viene così ad avvicinarsi alla *condizione risolutiva* de' moderni, sebbene solo in parte e con poca coerenza. La dottrina rimane finalmente quella di un negozio secondario in direzione inversa e sotto condizione sospensiva; se non che a tale negozio vien data una portata superiore all'ordinaria.

135. Le condizioni si distinguono in varie categorie:

a) *Positive* e *negative*: secondo che gli effetti si fanno dipendere dall'avverarsi o dal non avverarsi di un fatto: fr. 67 D. 35, 1 « si servum *non manumiserit* »: « condiciones quae in non faciendo

---

(1) La congiunzione è strettissima nei casi accennati di compravendita, dove il *pactum adiectum* modifica lo stesso contratto e condetermina il corrispettivo. Meno intimo è il nesso nei casi esaminati di *stipulazione*, ecc., dove non sarebbe strano il resultato, che lo stipulante acquisti il credito, ma — per la sua limitata capacità — non dia vita ad un valido *pactum de non petendo*. Si avverta però che in qualche parte può recare supplemento l'eccezione di dolo.

sunt conceptae » (fr. 7, pr. D. *ib.*). Sono ad es. negative la *lex commissoria* e l'*addictio in diem*, quando sono considerate come sospensive del negozio principale.

b) *Casuali* e *potestative*: le prime sono quelle, il cui adempimento non dipende dalla volontà delle parti a cui il negozio si riferisce: le seconde invece sono quelle che dipendono dalla volontà di una di esse. Fra le due categorie si può mettere quella delle *condiciones mixtae*. Casuale dunque è la condizione che si rapporta ad un evento di natura o al fatto di un terzo. La potestativa di regola si riferisce alla volontà di colui, che dal negozio giuridico deriva un diritto; una *condicio* totalmente riferita alla volontà di colui che in forza del negozio dovrebbe restare obbligato toglie ogni valore al negozio stesso, essendo in antitesi col concetto di obbligazione (fr. 7 pr. D. 18, 1) (1). Ma nulla osta alla validità del negozio se la condizione posta *in debitoris potestate* debba a lui costare uno sforzo, un sacrificio: niuno dubita della efficacia ad es. delle clausole penali (2).

Nelle condizioni *casuali* ciò che si ha di mira è il fatto in se stesso; nelle potestative spesso non

---

(1) Fr. 8 D. 44, 7: « hac condicione *si volam* nulla fit obligatio: pro non dicto enim est quod dare nisi velis cogi non possis », fr. 46, § 3, 108, § 1 D. 45, 1. Se però le parti non intendono di riferirsi al capriccio, all'arbitrio del debitore, ma al suo giudizio, in quanto deve uniformarsi all'*arbitrium boni viri*, la cosa muta aspetto: fr. 7 pr. cit.

(2) V. nelle obbligazioni. Il *legatum poenae nomine* è vietato solo per ragioni attinenti all'essenza dei legati; del resto esso è ammesso nel diritto giustinianeo.

è tanto il fatto, quanto la volontà e l'intenzione che l'accompagnano. Le prime pertanto si avverano con piena efficacia, ancorchè le parti ignorino la loro esistenza (1); le seconde invece non esplicano tale efficacia, quando sono apposte *ut pareatur*, se non quando siano adempiute con intenzione di soddisfare alla clausola, che le contiene (2).

136. Già si è detto come vi siano *condizioni improprie*, tali cioè che, non riferendosi ad un avvenimento futuro e obbiettivamente incerto, non *sospendono* gli effetti giuridici, ancorchè questi possano rimaner tuttavia ignoti alle parti: « stipulatio non suspenditur... stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti: *si rex Parthorum vivit, centum dare spondes?* » : fr. 3, 7 D. 12, 1. Può quindi darsi qui pure un giudizio ipotetico, che sta a base della determinazione di volontà, uguale a quello che si ha in caso di condizioni proprie (3), ma ciò non influisce sugli effetti giuridici (4).

---

(1) Si pensi sopratutto ad una condizione apposta in un testamento e che si verifica *ante mortem testatoris*. Così si purifica la disposizione a cui accede.

(2) Queste pertanto, ancorchè adempiute *ante mortem testatoris*, si dovranno nuovamente ripetere poi, tutte le volte almeno che si tratti di fatti ordinarii e comuni (fr. 11, § 1 D. 35, 1 « *promiscuas condiciones* post mortem [testatoris] impleri oportere »). Altrimenti, è qui pure il *fatto come tale* che viene in considerazione, e basterà che comunque siansi verificate. Cfr. i miei *Legati*, p. 361 e segg. (dove però è accolta una non buona spiegazione della voce *promiscua*).

(3) Scialoja, *Lezioni*, 1891-92, p. 212.

(4) « Si sic legatum sit *si navis ex Asia venerit* et ignorante testare navis venerit testamenti facti tempore, dicendum pro impleta haberi », fr. 10, § 1 D. 35, 1.

137. *Impropria* può dirsi anche una condizione impossibile, essendo *certo* de l'evento non si verificherà. La impossibilità può essere tanto fisica o naturale (« si digito caelum tetigero, si mare ebibero ») quanto giuridica (p. e. che un servo contragga matrimonio). La condizione impossibile logicamente conduce alla nullità del negozio cui è apposta; infatti essendo certo che non si può verificare il fatto x, da cui le parti fanno dipendere l'effetto y, è senz'altro da ritenere che questo non si avrà. Tale conseguenza è sempre stata ammessa in Roma per gli atti tra vivi: ad es. la stipulazione (Gai., 3, 98); i proculiani poi l'hanno applicata anche agli atti *mortis causa:* « nihilominus legatum inutile existimant quam stipulationem » (*ibid.*). Al contrario nel diritto giustinianeo è insegnato: « impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas » (Ulp. in fr. 3 D. 35, 1; cf. fr. 6 *ibid.*; fr. 45 D. 28,5). Questa dottrina era propugnata dalla scuola sabiniana (1) e già appare prevalente negli ultimi giu-

(1) Gai., 3, 98 parla del solo legato e anzi del solo legato di obbligazione, ma ciò si spiega dal momento che egli ne discorre in materia di obbligazioni e in confronto colla stipulazicne. La dottrina parrebbe risalire a Servio Sulpicio (fr. 45 cit., di cui fa gran caso l'Alibrandi, *Opere*, I, p. 212 seg.); ma bisogna avvertire (cfr. in parte *Legati*, p. 335 seg.): *a*) che la frase « quia id quod in testamento impossibile scriptum esset nullam vim haberet » non è nè di Servio nè di Alfeno: la voce *impossibilis* è di tarda applicazione e ancora i più antichi sabiniani si valgono della corrispondente greca ἀδύνατος; *b*) che qui si tratta dell'interpretazione di una locuzione copulativa, sul tipo di altre che si trovano nei più antichi giureconsulti; *c*) che quindi per Servio non è che la condizione sia da rimnovere come impossibile, ma da considerare

reconsulti classici: ne troviamo applicazioni alle istituzioni in erede (fr. 45 cit.), ai legati e fedecommessi (c. 6 C. 6, 46), alle manumissioni (fr. 39 D. 40, 4) e insomma, come riassume il § 10 I. 2, 14: «impossibilis condicio in institutionibus et legatis, necnon in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur». La regola però non si è mai applicata alle condizioni *perplesse*, ossia a quelle che riescono impossibili non pel loro contenuto, ma per la loro logica contraddizione; qui, siccome la disposizione medesima è ravvolta nella inestricabile perplessità, è impossibile convalidarla, pur radiando la condizione (1). Parimenti non s'è applicata la regola a quelle condizioni impossibili, che rivelano apertamente la volontà del testatore di scherzare: in tal caso è il negozio giuridico che non viene in essere per mancanza di volontà corrispondente, secondo i principii generali da noi esposti. Vedi per analogia il fr. 4, § 1 D. 40,7 «*quia nec* ANIMUS DANDAE LIBERTATIS *est*» (2).

Il prof. Buonamici, prendendo in esame il citato § 10, ha concluso che la regola non dovette mai estendersi alla *datio tutoris* testamentaria (3) la quale

---

come adempiuta (« *non defici* condicione » = fr. 6, § 1 D. 35, 1). In quest'ultimo passo è accennato anche un responso di Nerazio conforme alla dottrina proculiana. Per altre tracce di quest'ultima v. *Legati*, p. 332 seg.

(1) « *Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto* : Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit » : fr. 16 D. 28, 7.

(2) *Legati*, p. 333.

(3) *Bullett. dell'Ist. di diritto romano*, VIII, pp. 31 a 35. Egli osserva che locuzioni generiche, come nel fr. 3

in più aspetti è anche disciplinata in modo speciale. Crede il prof. Scialoja, che la regola non si applicasse all'*ademptio legati* e quindi neppure alla *translatio* (1), in quanto implica un'*ademptio*, e ciò perchè una condizione impossibile apposta all'adenzione equivale alla condizione contraria apposta al legato (2). La negazione della condizione impossibile forma la così detta condizione necessaria, e quindi non è l'*ademptio* che *vale*, ma il legato che in ogni caso si convalida: cfr. fr. 7 D. 45, 1. Si noti tuttavia, che quella inversione della *condicio* apposta all'*ademptio* presuppone che la condizione stessa tenga; altrimenti l'*ademptio* resulta pura e non può discorrersi di reazione della condizione sul legato stesso. A nostro avviso pertanto in tal caso è l'*ademptio* (e quindi la *translatio*) che si tien ferma; una tale conclusione è ben consona al trattamento analitico proprio della giurisprudenza romana (3).

D. 35, 1, ecc., non infirmano quel resultato. Il professore Scialoja, *ibid.*, osserva, che anche annullandosi una simile nomina del tutore, poteva rimuoversi l'inconveniente (in caso di seria volontà del testatore), mediante conforme *datio* da parte del magistrato (*confirmatio*: v. nel trattato della tutela). Bisogna però ricordare che i giuristi romani avvertono, quando una regola comune alle disposizioni testamentarie non vale per la *datio tutoris* (Gai., 2, 231). Che tuttavia alla « datio tutoris testamentaria » non si applicasse la regola del testo, arguisce il Fadda nelle sue *Lezioni* raccolte dal Ferrara (Napoli, 1898), p. 305 seg. per analogia dal fr. 13 D. 26, 2.

(1) Scialoja, *l. c.*, p. 36 seg.

(2) Fr. 10 pr., fr. 14 D. 34, 4; fr. 68, § 2 D. 30, ecc. *Legati*, p. 328.

(3) Fadda, *Lezioni*, p. 306 osserva che o la condizione è nulla e non può invertirsi o è nulla la revoca e non può parlarsi di reazione sul legato.

138. Le regole delle condizioni impossibili si vennero poi estendendo anche a quelle *turpi* (1). È *turpis* la *condicio* se per la sua apposizione l'atto mira a promuovere un'attività contraria alla morale o alla legge (2). Negli atti di ultima volontà esse pure si hanno per non apposte. Fra tali condizioni merita una particolare menzione quella *di*

---

(1) *Legati*, pp. 334-338 dove è ampiamente dimostrato lo sviluppo storico e confutata la tesi inversa del Savigny (*System*, 3, § 124), secondo il quale invece il trattamento delle condizioni impossibili si sarebbe invece modellato su quello delle *condiciones turpes*. Negli atti *inter vivos* pare che si ammettesse per tempo la nullità del negozio così condizionato (fr. 61, fr. 123 D. 45, 1); negli atti di ultima volontà troviamo invece che la *condicio turpis* può farsi rimettere dal magistrato (fr 7 D. 28, 7; fr. 20 D. 35, 1). Solo per la condizione *si non nupserit* vi era una particolare disposizione della *lex Iulia et Papia*: v. avanti. È con Papiniano (fr. 15 D. 28, 7: v. fr. 14 e 27 pr. *ibid.*; Paul., 3, 4B, 2) che si ha la parificazione delle *condiciones turpes* alle impossibili.

(2) Questo resultato si ha pure quando l'attività non possa in sè considerarsi come illecita, ma lo sia pel motivo per cui si promuove. Dalla definizione resulta che si può dedurre in condizione il fatto illecito di un terzo, p. es. « Se Tizio ti derubèrà, io ti darò dieci »; giacchè in tal guisa non si promuove in modo alcuno il fatto stesso. Bisogna poi ricordare a proposito dei legati *poenae nomine* vietati nel diritto pregiustinianeo e permessi da Giustiniano (c. 1 C. 6, 41: § 36, I. 2, 20), che ove l'atto imposto all'erede sotto pena di pagare il legato fosse impossibile o illecito, l'intera disposizione restava nulla: *Legati*, p. 353. Scialoja, *l. c.*, pp. 37-38. Dalla *condicio turpis*, la cui esecuzione è illecita, ma possibile, va ben distinta quella *giuridicamente impossibile*, che « iure impleri non potest »: fr. 137, § 6 D. 45, 1.

non maritarsi contemplata e disciplinata nella legge Papia a proposito degli atti di ultima volontà. Pare che riguardo a tale condizione la legge medesima imponesse di tenerla come non scritta, salvando la disposizione a cui fosse apposta: in ciò essa non faceva che seguire la sua tendenza (*favor matrimonii*) (1). La condizione di fissare in un luogo la propria residenza e di non allontanarsene era considerata come *adversus bonos mores* (qualora non determinata da motivi ragionevoli) per la restrizione eccessiva della libertà individuale (fr. 71 § 2 D. 35, 1, ecc.). Se il testatore avesse lasciato un'eredità od un legato a condizione che l'onorato giurasse di fare qualche cosa, l'editto pretorio dichiarava rimessa senz'altro una simile condizione (2); l'onorato era ammesso senza altro al beneficio destinatogli, pur venendo astretto in altro modo all'adempimento del fatto, che avrebbe dovuto formare oggetto del giuramento.

139. Il trattamento comune delle *condiciones turpes* non si applica alle *captatoriae*: queste anzi per

---

(1) Qui non era certo questione d'interpretazione di volontà; la decisione è affatto analoga all'altra della stessa legge, per cui « deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent » (G. 2, 206). Come qui i beni vanno ad una persona, cui il testatore non ha pensato, perchè la legge intende di conferirle un premio; così nel caso nostro i beni vanno alla persona che operi contro la condizione imposta perchè la legge approva il suo procedere, sebbene contrario alla volontà del testatore. Per le varie questioni cfr. *Legati*, p. 345 segg. Cfr. l'elegante specie in fr. 74 D. 35, 1.

(2 Per le ragioni e la storia v. *Legati*, p. 348 segg. e Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 51 segg. Per l'estensione ai fedecommessi ed alle donazioni *mortis causa* : fr. 8, § 1 segg. D. 28, 7; Lenel, *Ed. perp.*, p. 290.

speciale disposizione di un senatoconsulto (1) rendevano nulle le disposizioni di ultima volontà, come avrebbero impedito la validità di un atto fra vivi (fr. 61 D. 45, 1). P. e. era nulla una istituzione così concepita: « si Titius me heredem instituit, Titius heres esto »; nullo un legato « si Titius mihi centum legavit, ei centum lego », come era nulla la stipulazione: « si heredem te fecero, centum dabis? ». La ragione è che in forza di tale condizione la stessa rimane affetta da una tendenza egoistica di cupidità che è contraria allo spirito che la deve animare e che merita la tutela del diritto; anzi, siccome tale vizio inerisce anche all'eventuale disposizione del *captatus*, è da ritenere che essa pure sia colpita di nullità (2).

140. Dopo questi cenni elementari intorno alle condizioni impossibili e turpi, potremo domandarci, se vi sia una buona ragione pel loro trattamento difforme negli atti tra vivi da una parte e i conferimenti patrimoniali *mortis causa* dall'altra. Gajo, pur seguace della dottrina sabiniana, non conosce una *idonea ratio* del trattamento diverso (3). Se si

---

(1) Relativo alle istituzioni in erede ed esteso poi ai legati: fr. 71 (70) D. 28, 5; fr. 81, § 1 *ib.*; fr. 64 D. 30.

(2) *Legati*, p. 351, 1.

(3) 3, 98. Non bisogna però dare importanza troppo grande a simili espressioni di Gajo: v. 1, 190 e 4, 24 (casi, in cui la *ragione* è nota). S'impone poi il confronto fra 2, 232 e 3, 100. L'Alibrandi (v. la monografia del Porena riprodotta nelle sue *Opere*, vol. I, pp. 207-214) crede che si tratti per le disposizioni *mortis causa* dell'ingiustificata generalizzazione di qualche responso dato in vista delle circostanze particolari. Si avverta che la dottrina prevalsa per gli atti *mortis causa* non è troppo conforme alla particolare considerazione, che in essi è talvolta concessa ai motivi.

trattasse delle sole istituzioni in erede, una spiegazione non improbabile si potrebbe dedurre dal *favor testamenti*; al contrario sembra che in origine si considerasse in modo speciale l'applicazione della norma ai legati; sicchè pare prudente confessare la nostra ignoranza in proposito.

141. La impossibilità può essere *relativa* od *assoluta:* la prima si ha quando l'evento non è impossibile in sè medesimo, come lo è di fronte alla seconda « si digito caelum attigeris »; ma lo è in quella concreta relazione. Ad es. il testatore pone quale condizione di un legato che Tizio paghi un debito che non è mai esistito o che all'epoca del testamento è già estinto. Qui il fatto (pagamento) è possibile in sè; ma impossibile nel caso concreto per la mancanza di corrispondente obbligazione. Non vi è differenza di trattamento fra le due specie.

L'impossibilità è permanente o transitoria; secondo che non possa o possa venir meno pel mutarsi delle circostanze. Quanto si è detto finora si riferisce all'impossibilità permanente: si assimilano quei casi, in cui non si ritiene prudente ed umano sperare la mutazione delle circostanze (1). Altrimenti una impossibilità transitoria e quindi una sperabile possibilità non contrastano punto collo stato di pen-

(1) Savigny, *System*, 3, § 121, *w*: Ferrini, *Legati*, pagina 339 segg. Cfr. fr. 35, § 1 D. 35, 1; fr. 59, § 1, 2 *ibid.* Sovratutto in caso di impossibilità giuridica non si stima lecito far conto sulle possibili mutazioni del diritto oggettivo: « nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio »: fr. 137, § 6 D. 45. 1.

denza e di incertezza, cui ogni condizione induce, e però in simili ipotesi non si devia dal consueto trattamento delle condizioni (1).

142. I primi atti, a cui in Roma fu lecito apporre condizioni, furono certamente atti a causa di morte (2); le XII tavole conoscono la dazione testamentaria di libertà, sotto condizione che il servo paghi una somma. Negli atti fra vivi sembra che fossero ammesse anzitutto per le stipulazioni; Gajo indirettamente c'informa di antichi dubbii sulla lecitudine di esse nella compravendita e nella locazione (3, 146); Giustiniano decide affermativamente la questione pel contratto di società, pel quale adunque — almeno in teoria — i dubbii non erano fino al suo tempo stati rimossi (c. 6 C. 4, 37). Vi sono poi varii atti solenni, che non ammettono condizioni (3) (nè termini); oltre la ragione storica che si tratta di atti cristallizzati nella forma e nel trattamento in un tempo, in cui la giurisprudenza era in genere avversa a tali aggiunte, vi hanno anche ragioni intrinseche. Si tratta di atti, col contenuto de' quali (almeno formale) una condizione sarebbe incompatibile (4); di atti che sono appunto destinati a diri-

(1) Ad. es., fr. 58 D. 35, 1.

(2) A proposito di questi troviamo nella letteratura giuridica romana le più ampie trattazioni e ancora nel *Corpus iuris* i titoli principali concernenti le condizioni sono a proposito di tali atti (Dig. 28, 7—35, 1—40, 7; Cod. 6, 25—6, 46).

(3) Fr. 77, D. 50, 17. Vat. fr. 329.

(4) Così l'accettilazione, l'*expensilatio* (giacchè nel *codex* non si iscrive che l'effettivo dare od avere). Si avverta invece che non è assurda un'accettilazione di un debito condizionale, che naturalmente ha efficacia solo coll'avverarsi della condizione, purchè questa non si

mere uno stato d'incertezza, colla funzione dei quali sarebbe quindi repugnante una clausola che induce una nuova incertezza (1); di atti sugli effetti dei quali importa che i terzi non siano tratti in inganno (2); di atti del magistrato (3). Vi sono poi atti, che comportano talune condizioni e altre no: ad es. l'istituzione dell'erede *suus* può farsi sotto condizione potestativa (4), non sotto condizione d'altra specie. Dove non è possibile immaginare una cessazione degli effetti prodotti dall'atto, è impossibile una c. d. condizione resolutiva (5).

---

esprima nella formola dell'accettilazione medesima. Anche il matrimonio romano, in quanto presuppone l'attuale *affectio maritalis,* esclude qualsiasi condizione.

(1) « hereditatis aditio (cretio), servi optio ».

(2) « cognitoris datio, mancipatio, emancipatio ».

(3) « tutoris datio ».

(4) Il *suus* rompe il testamento, in cui sia omesso e non sia espressamente diseredato. L'esclusione di esso per la deficienza di una condizione casuale (o mista) non può equipararsi al giudizio certo di diseredazione. La condizione potestativa, mentre non gli toglie la facoltà di diventare erede, gli permette di non diventarlo, e presenta così un vantaggio pratico, che rimane considerevole anche di fronte al *beneficium abstinendi.*

(5) Istituzione in erede, manumissione, adozione, ecc. In qualche caso una simile condizione può convertirsi in modo da permettere un'esplicazione approssimativa all'intenzione delle parti. Può essere che una condizione resolutiva si presti ad essere cambiata nella sospensiva contraria (ciò che non deve certo erigersi a canone generale); può essere che tal condizione apposta ad una istituzione s'interpreti come sospensiva di un fedecommesso universale a favore di quelli che in mancanza di tale istituzione avrebbero raccolto l'eredità o quota di essa (ad es.: coeredi).

143. L'adempimento della condizione positiva si ha col verificarsi dell'evento previsto. Per le condizioni negative può darsi una formola uguale: esse sono adempite col verificarsi dell'evento (negativo) previsto; ma non è sempre facile la sua applicazione. In via generale può dirsi che è adempiuta la condizione negativa quando è divenuto *impossibile* il fatto ad essa contrario; p. es. «se Tizio non compera quel cavallo» e quel cavallo muore. Parimenti deve dirsi adempiuta, quando è trascorso tutto il tempo indicato senza che siasi avverato il fatto contrario (cfr. sovratutto la *lex commissoria*, l'*addictio in diem*): Nel caso di condizioni negative potestative apposte ai legati e tali da poter venir meno durante tutta la vita dell'onorato, Quinto Mucio, ad evitare che contro l'evidente intenzione del testatore l'acquisto del legato non avvenisse che all'ultimo momento della vita di quello (quando cioè diventava impossibile l'inadempimento), fece prevalere il concetto che tale condizione s'avesse a ritenere adempiuta, quando l'onorato desse cauzione a coloro, ai quali «deficiente condicione, iure civili hoc legatum pertinere potest», di pagare loro l'equivalente nel caso che si verificasse il fatto contrario. Si fonda dunque una obbligazione *ex stipulatu* e l'onorato può subito acquistare il legato (1). Tale rimedio non si applica se la possibilità del fatto contrario può cessare durante la vita dell'onorato. Ad es. la condizione «se Tizio non sposerà Seia» si può adempire o per la morte di Seia o (nel diritto giustinianeo) per la sua entrata in un chiostro, ecc. (2).

---

(1) Fr. 18 D. 35, 1 (*cautio muciana*).

(2) Per l'autorità di Papiniano si ammette una cauzione

144. La condizione poi si ha per adempiuta, quando colui che aveva interesse a che non si adempiesse ne ha dolosamente impedito l'adempimento, «perinde haberi ac si condicio impleta fuisset» (1). Inoltre troviamo per gli atti ultima volontà insegnato, che, se la condizione è potestativa a favore di un terzo e questi rifiuta il beneficio che l'onorato *in obbedienza alla condizione* gli offre, la condizione si debba stimare adempiuta. Rimane però sempre aperta la prova che il testatore nel caso concreto voleva proprio il verificarsi dell'evento (2). Invece non deve approvarsi (neppure con limitazione agli atti *mortis causa*) la regola, che una condizione potestativa si abbia per adempiuta, quando una circostanza estrinseca ne abbia impedito l'adempimento. Neppure basta che colui, del cui fatto si tratta, abbia dato prova di essere disposto ad agire, sicchè solo al caso avverso debba attribuirsi la mancanza dell'evento. Tutt'al più nella posteriore

---

quasi-muciana pei casi in cui sembra inumano o sconveniente il calcolare sulle cause che potrebbero far ritenere adempiuta la condizione prima della morte dell'onerato: fr 72 pr., § 1. D. 35, 1. Su alcune difficoltà esegetiche v. *Legati*, p. 372 seg.

(1) Fr. 161 D. 50, 17; fr. 24 D. 35, 1. Il principio è stato anzitutto riconosciuto per le manumissioni testamentarie, indi fu esteso agli atti *mortis causa* e da ultimo fu generalizzato: cfr. Dernburg, *Pand.*, 1^2, 252, n. 8. Tale sviluppo è in correlazione col progrediente riconoscimento di effetti (secondarii e prodromici) del negozio condizionato.

(2) Fr. 23 D. 28, 7. È da ammettere uguale trattamento per gli atti di liberalità *inter vivos:* meno probabile è l'estensione generale ai negozii *inter vivos*, a cui pensa il Savigny (*Syst.*, 3. § 116, A.).

giurisprudenza classica questa massima può dirsi accolta *in favorem libertatis* per le manomissioni testamentarie (1).

145. Del resto l'adempimento della condizione è *res facti*, e quindi una condizione potestativa può (in quanto non implichi atti giuridici speciali) venire adempita dal pupillo *sine auctoritate tutoris* (fr. 26 D. 28, 7; fr. 5 pr. D. 35, 1), dal servo o dal *filiusfamilias* senza *iussus* del *paterfamilias* (fr. 5 § 1 cit.). Anzi se la condizione consiste nel dare dieci al servo di Tizio, al servo appunto e non a Tizio deve darsi la somma; sebbene per mezzo del servo la somma si acquisti al domino (fr. 44 pr. D. 35, 1). E tanto ha natura di *fatto* l'adempimento della condizione, che non è possibile di sostituirvi un equipollente giuridico: se la condizione è di dar dieci a Tizio, non la si adempie rimettendo a lui un debito di dieci (fr. 45 D 35, 1).

146. Pendente la condizione, il negozio giuridico — come s'è visto — non può dirsi ancora giunto alla perfezione; d'altra parte qualche efficacia, sovratutto di carattere preservativo, esso presenta anche in questa fase di svolgimento. A misura quindi che s'accentua il primo o il secondo elemento, si arriverà alla conseguenza che esiste o meno un rapporto di carattere giuridico.

Nel caso di condizione apposta ad atti costitutivi di obbligazioni, troviamo da una parte il principio che finchè la condizione pende, non v'è obbligazione (2); non v'è che una mera speranza di cre-

---

(1) Fr. 20, § 3. 39, § 4 D. 40, 7. Cfr. sulle varie questioni *Legati*, p. 365 segg.

(2) « Interim nihil debetur »: fr. 13, § 5 D. 20, 1.

dito (1). E conformemente troviamo concessa la ripetizione d'indebito a chi ha pagato *condicione pendente* (2); dichiarato che se la cosa da prestarsi perisce durante la pendenza, l'obbligazione non viene in essere (3), e viceversa che *sub condicione* può esserci dovuta la cosa nostra, sicchè l'obbligazione abbia a consistere, qualora all'avverarsi della condizione stessa la cosa non sia più nel nostro dominio (4). La novazione dell'obbligazione condizionale non ha efficacia, se non coll'evento della condizione (5); l'esecuzione anticipata della vendita *sub condicione* non mette il compratore in causa di usucapire (6).

Dall'altra parte troviamo insegnato che l'obbligazione (7) è piuttosto sospesa che inesistente, e conformemente occorre che ci siano le persone capaci di agire e di acquistare al momento della formazione del negozio condizionale (8); e se al momento del negozio l'agente era nella potestà di un

---

(1) « Tantum spes est debitum iri »: § 4 I. 3, 15.

(2) Fr. 16 pr. D. 12, 6.

(3) S'applica quindi la dottrina dell'*impossibilità iniziale,* non quella dell'*impossibilità consecutiva di prestazione*: fr. 8 pr. D. 18, 6.

(4) Si aggiunga il trattamento della *catoniana*: vedi avanti.

(5) Fr. 14, § 1 D. 46, 2.

(6) Fr. 2, § 2 D. 41, 4.

(7) Fr. 42 D. 44, 7: « etiam pendente condicione creditorem esse »; fr. 26 D. 45. 3: « ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit ». Il primo passo però ha uno speciale riferimento alla *lex Cornelia de fideiuss.* (Lenel, *Ed. perp.*, p. 169); sul secondo vedi poco dopo nel testo.

(8) Fr. 26 cit.

altro, questi acquisterà all'adempimento della condizione il diritto, sebbene a quest'epoca il rapporto di potestà sia risoluto (1). Si ricordi anche la massima, che se il debitore dolosamente impedisce il verificarsi della condizione, questa si ha per adempiuta. Il creditore condizionale può in certi casi pretendere garanzie, instare per la separazione dei beni (2) e partecipare al concorso (3). Inoltre l'obbligazione condizionale si considera come un elemento del patrimonio attivo o passivo, di cui si tien conto in ordine alla falcidia (4); essa può venire alienata, ecc.

Se il negozio è destinato a trasmettere o costituire un diritto reale, questo non sorge se non al verificarsi della condizione sospensiva. Nel caso ad es. di legato di proprietà *sub condicione* o di tradizione similmente sospesa, fino all'avvento del fatto dedotto in condizione, proprietario rimane o l'erede del testatore (5) o l'alienante. Costui avrà

---

(1) Fr. 78 pr. D. 45, 1; fr. 40 D. 45, 3. Questo principio sembra essere prevalso per opera dei proculiani; esso non è conforme al modo originario di considerare il negozio *sub condicione,* che si mantiene per gli atti a causa di morte.

(2) Fr. 4 pr. D. 42, 6 (interpol. ?).

(3) Fr. 6 pr. D. 42, 4. Come il testo si concilii col fr. 14, § 2 *ibid.* dello stesso autore (Paolo), è arduo il dire.

(4) Fr. 73, § 1 D. 35, 2: fr. 45, § 1 *ib.*: Ferrini, *Legati,* p. 474 seg.

(5) Fr. 66 D. 6, 1; fr. 12, § 2 D. 10, 2. Sulla dottrina proculiana rimasta sconfitta, secondo la quale la cosa sarebbe stata *nullius* prima dell'esito della condizione, v. Gai., 2, 200. Tale dottrina dipende dalla maggiore energia, che i proculiani riconoscevano al negozio condizionale: v. sopra

nel frattempo la rivendica (1): egli potrà disporre della cosa, alienandola, ipotecandola, ecc. Tuttavia tali diritti non possono superare l'energia del diritto, onde derivano, e quindi non saranno confermati, ove la condizione si verifichi. Questa è la ragione per cui non può chi dispone intanto come domino del servo, manometterlo, nè chi dispone del fondo renderlo religioso, non essendo la libertà e la religiosità condizioni giuridiche che si possano revocare.

Circa poi agli atti a causa di morte *sub condicione*, è da ricordare che questa deve avverarsi *durante la vita dell'onorato*, perchè se ne trasmettano gli effetti (2). Perchè, a differenza degli atti fra vivi, qui siasi conservato traccia dell'antico trattamento, non è del tutto chiaro; qualche parte vi ha certo avuto l'*intuitus personae* in questi atti prevalente.

147. Da quanto si è detto circa la natura della *pendenza*, appare che di taluni requisiti (e cioè dei subbiettivi) si tien conto secondo l'epoca in cui il negozio condizionale fu fatto; per gli obbiettivi si tien conto dell'epoca, in cui la condizione si verifica. La spiegazione del duplice fatto deve cercarsi in ciò, che il negozio si perfeziona quando s'adempie la condizione; ma quello che si perfeziona è il negozio fondato colla precedente dichiarazione di volontà, la quale pertanto rimane il caposaldo e deve giudicarsi in correlazione al tempo, in cui fu emessa.

---

(1) Fr. 29 D. 39, 6.

(2) Fr. 27 D. 40, 9; fr. 42 D. 44, 7. Qui è mantenuto nelle applicazioni a rigore il principio, che non vi ha negozio giuridico perfetto *ante condicionis eventum*.

Fissato questo concetto, può dirsi che la condizione sospensiva non ha di regola effetto retroattivo (1). Diciamo *di regola*, poichè nei limiti, in cui le parti possono determinare il contenuto del rapporto, ch'essi intendono di costituire, nulla vieta che vi facciano entrare elementi atti a porre un patrimonio nella condizione, in cui si troverebbe se il negozio si fosse conchiuso *puramente*. Così ad es. è chiaro che, se accede ad un contratto sotto condizione sospensiva la costituzione di un'ipoteca, l'intenzione è che questa prenda grado anteriore alle ipoteche che potessero *puramente* accendersi in seguito, ma prima che la condizione si avveri. Poichè le parti pensano a *quella garanzia*; e più non sarebbe tale una ipoteca retromandata di grado (fr. 11, § 1 D. 20, 4). Non è contrario neppure il fatto che nella compravendita condizionata il compratore sopporta il *periculum deteriorationis*: quando il contratto si perfeziona, il compratore deve il prezzo pattuito, e il venditore la cosa individua dedotta in contratto, nello stato in cui senza sua colpa si trova.

Per dimostrare quanto tale principio fosse fermo pei giuristi romani, ricorderemo solo, che in casi di tradizione condizionata occorreva che perdurasse la volontà del tradente al momento dell'avverarsi della condizione perchè si potesse ammettere un transito del dominio; sicchè la pazzia o la morte intervenute del tradente avrebbero impedito il trapasso (2).

---

(1) Rimane per questa parte ancora fondamentale il libro del Windscheid, *die Wirkung der erfüllten Bedingung*, Basilea, 1851.

(2) Questo dice chiaro il fr. 9, § 1 D. 23, 3, ove si

148. Meno chiaro è quanto concerne gli effetti della c. d. condizione risolutiva. Qui per vero (ove si astragga da diritti essenzialmente temporanei, quale l'usufrutto, per cui l'avvento della condizione *ad quem*, non fa altro che segnare il termine) il rapporto si complica, giacchè non è la pura teoria della condizione che deve considerarsi, ma tutto l'assieme del negozio, a cui la condizione stessa è apposta. In via generale noi possiamo ammettere che nel diritto classico una simile condizione non abbia per sè stessa *effetto reale*, nel senso di far cessare *ipso iure* la proprietà costituita mercè il negozio principale; che soglia invece avere in conformità al fine stesso del rimedio adibito efficacia retroattiva, sebbene di carattere meramente obbligatorio.

Da una parte ci assicura Giustiniano di avere egli pel primo ammessa la possibilità di legati e fedecommessi *temporali* (1) e per le *donationes et contractus temporales*, rimanda ad altra costituzione, che non è se non l'interpolata c. 2 C. 8, 54 (55) (2). Troviamo dall'altra in testi non alterati, anche per la *lex commissoria* considerata in funzione resolutiva, negata la forza di revoca reale (3). Ma qui

---

tolga l'evidente interpolazione con cui il passo conchiude. Da ciò è facile supporre analoga (sebbene meno perspicua) interpolazione in fr. 2, § 5 D. 39, 5.

(1) c. 26 C. 6, 37. Si noti che non è neppur detto quale sia la costruzione giuridica di tali figure.

(2) Cfr. *Vat. fr.*, 283. Sull'interpretazione dell'Appleton (*Histoire de la propr. prétorienne*, 2, p. 177 seg.), v. oltre il Pflüger, *l. c.*, il Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 92 e seg.

(3) Aless. Severo, c. 3 C. 4, 54: « si non precariam

pure non è possibile per diritto giustinianeo dubitare della natura *reale* della revoca (1).

La legge commissoria, l' *addictio in diem*, adducono retroattività, ma (per diritto classico) solo in via obbligatoria e quindi vi ha l'obbligo di restituire i frutti percetti nel periodo intermedio (2). Nulla ha che fare colla retroattività il principio, che il venditore, a cui viene restituita per effetto della condizione resolutiva la cosa, può ai fini della usucapione sommare il possesso intermedio del compratore col proprio anteriore e posteriore. Questa non è che una conseguenza di ciò, che la *lex commissoria* o l'*addictio in diem*, quando non sospendono il negozio principale, sono condizioni sospensive della clausola restitutoria e quindi fra' tre possessi vi ha quella connessione giuridica, che si esige per l'*accessio temporis*.

---

possessionem tradidit (il venditore), rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito ». La c. 4 *ib.* dello stesso principe deve riferirsi a un caso, in cui tutta la vendita era sospesa o in cui per il fatto del non integrale pagamento del prezzo il transito del dominio non aveva ancora avuto luogo.

(1) Forse l'allusione ai *contractus* nella c. ult. C. *de leg.* cit. comprende pur questi casi. V. poi fr. 41 § 1 D. 6, 1 (dove trattasi di un *fundus* tradito anzichè mancipato: l'*in rem actio* concessa o negata al compratore [di fronte al domino alienante] è la pubbliciana: nel diritto giustinianeo, dove non c'è più il presupposto dualismo, il passo non può significare altro che la revoca reale): fr. 8, D. 18, 3 (originariamente contemplava un caso, in cui non era passato il dominio per mancanza d'integrale pagamento), ecc. Ad un caso simile a quello contemplato nel fr. 41 si riferisce il fr. 9 D. 39, 3.

(2) Fr. 6, fr. 16 D. 18, 2, ecc.

149. Il *termine* è l'indicazione dell'epoca, a partire dalla quale debbono cominciare o cessare gli effetti di un atto giuridico. *Dies a quo,* dicono le fonti nel primo caso; nel secondo parlano di *dies ad quem (in diem).* Il termine (1) differisce dalla condizione (2) in ciò, che esso designa un'epoca futura e *certa* (*dies certus*): certa s'intende per l'arrivo, ancorchè non se ne conosca il momento (3). Se l'epoca designata fosse incerta non solo rispetto al momento del suo arrivo, ma anche rispetto all'arrivo medesimo (4), che non si sa se avrà luogo (*dies incertus*), non abbiamo che le apparenze del termine (5); in realtà abbiamo una condizione, la quale perfino ne' testamenti (nei quali, appunto

---

(1) Ferrini, *Antol. giurid.,* VIII, p. 179 seg. *Rend. Ist Lomb.*, vol. 27, fasc. 19 e i citati ivi.

(2) Donde l'antitesi fra *dies certus* e *condicio.* Gai., 1, 186; 2, 250. Ulp., 24, 31.

(3) Fr. 9, § 2 D. 7, 9: « *certum sit* (si alicui ex die proprietas legata sit) ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram ». Gai., 3, 124: « pecunia, quam in diem certum dari stipulamur... *quia certum est eam debitum iri* ». Tale certezza non è tolta dal fatto, che si ignori il momento: fr. 1, § 1 D. 35, 1: « ... dies certus... quia certum est ea (legata), debitum iri ». *Cum moriar* è dunque *dies certus*: fr. 17 in confronto col fr. 16 D. 12, 6. Sulla clausola *cum morietur* nei testamenti, che si tratta come *dies certus* o *incertus* secondo il riferimento, v. il mio citato lavoro.

(4) O fosse pur certa nel primo rispetto, ma incerta nel secondo. Cfr. gli esempi in fr. 21 pr. D. 36, 2. La clausola « cum ad annos XVI pervenisset » contiene un *dies incertus* (fr. 48 D. 35, 1), non sapendosi se la persona indicata vivrà fino ai sedici anni.

(5) Fr. 16 D. 40. 4.

perchè l'apposizione di una condizione ha effetti più gravi circa la trasmissibilità, si va molto a rilento nell'ammettere condizioni che non si manifestino esplicitamente) opera come tale: *dies incertus condicionem in testamento facit* (1).

150. Il termine *ad quem* non era applicabile nel diritto classico che ai negozii giuridici costitutivi di diritti essenzialmente temporanei; negli altri casi poteva tutt'al più assumersi come termine *a quo* di un negozio giuridico secondario concomitante ed operante in direzione opposta.

Tale negozio può essere un *pactum de non petendo* o altra figura analoga. Nel diritto giustinianeo possono, riguardo al termine *ad quem*, ripetersi in gran parte le cose dette per la condizione risolutiva.

151. Il termine *a quo* applicato ai negozii produttivi di obbligazione non impedisce che questa nasca addirittura (2); solo ne sospende l'esercizio. Donde è valido e non ripetibile, sebbene fatto per errore, il pagamento anticipato; l'ipoteca prende senz'altro grado dal giorno della confezione del negozio, ecc. Applicato ai negozii che trasmettono la proprietà (legato di proprietà, tradizione *ex iusta causa*), nel frattempo la proprietà non passa, ma il suo certo avvento limita la disponibilità del proprietario attuale, che non può pregiudicare il transito futuro. La costituzione di servitù prediali non soffre termine; tutt'al più può un *dies a quo* interpretarsi nel senso che il titolare pattuisce di non

---

(1) Fr. 75 D. 35, 1 da confrontare col fr. 99 *ib.* (dell stesso autore e della stessa opera).

(2) § 2 I. 3, 15; fr. 46 pr. D. 45, 1

esercitare il suo diritto, fino a un certo giorno, ciò che (almeno in diritto giustinianeo) dà vita ad una *exceptio* contro la *confessoria*, che venga sperimentata.

152. Il *modus* è il terzo degli *accidentalia negotii*, che si sogliono trattare nella parte generale (1), per quanto esso non si riferisca che ad un numero limitato di negozii. Noi abbiamo già visto che un negozio causale può assumere una nuova causa, esplicando così una duplice funzione. Può essere che questa seconda causa abbia un valore secondario rispetto a quella costitutiva del negozio; ciò avviene negli atti di liberalità, quando colui che li esercita impone al beneficato determinate prestazioni (2) che vengono a diminuire per lui il bene-

---

(1) In varia maniera si è cercato di dare un concetto comune: Savigny, *Syst.*, 3, 99 e *passim* parla di « autolimitazioni della volontà ». Altri si contenta di dire che queste aggiunte mutano i *naturalia negotii*: cfr. Bekker, *Pand.*, 2, § 113. Sugli insegnamenti più comuni negli scrittori dei due secoli antecedenti, v. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 6 seg.

(2) A favore del disponente o di un terzo. Se la prestazione fosse a favore del beneficato stesso (perchè faccia un viaggio, si comperi un fondo, ecc. = il *modus simplex* dei vecchi trattatisti), non si può parlare di nuova *causa* accedente al negozio e non rimane ad es. che la *species donationis* (fr: 13, § 2 D. 24, 1) o *legati* (fr. 71 pr. D. 35, 1), e insomma l'unica *causa* della liberalità (fr. 2, § 7, 3 D. 39, 5), la prestazione ingiunta non differenziandosi dai *motivi* dell'atto. È però da osservare se la prestazione che apparentemente è imposta nell'interesse del beneficato non sia voluta per favore di un terzo (fr. 71 pr. cit.), nel qual caso non si può negare la *causa*.

ficio. Qui oltre la causa di liberalità, abbiamo una causa di tendenza commutativa, che si innesta alla prima. L'attribuzione del beneficio patrimoniale si compie senza indugio, avendosi una causa idonea; in varia guisa si procura di daro giuridica efficacia alla causa secondaria.

153. La designazione di *modus* per tali imposizioni accessorie è giustificata dall'esempio dei compilatori (1): i giuristi classici o adoperano circonlocuzioni (*sic dedit, ut,* ecc.), o si valgono impropriamente di altri vocaboli (*lex, condicio, causa*).

Negli atti di ultima volontà, l'adempimento del *modus* si ottiene esigendo cauzione dal beneficato (2); talora si provvede in via straordinaria e amministrativa, costringendo con mezzi di pubblica autorità all'esecuzione, se almeno la natura della prestazione lo comporta (3). Nelle donazioni può certamente il donante provvedere mercè stipulazione; può essere accordata la ripeti zione (*ob causam non secutam*): si può talora *agere praescriptis verbis* per ottenere l'esecuzione (4).

---

(1) Da essi derivano le tre rubriche D. 35, 1: Cod. 6, 45 e 8, 54. Paolo parla di *modus* in altro senso (fr. 44 pr., § 3, D 44, 7); Scevola non ricorda il vocabolo là dove espone la differenza fra il *modo* e la condizione (fr. 80 D. 35, 1): in Papiniano *modus* ha significato di *limitazione*: fr. 31, § 1 D. 39, 5. *Vat. fr.*, 254. In fr. 17, § 4 D. 35, 1 e fr. 3, § 1 D. 37, 6 è da pensare ad interpolazione (v. gli argomenti di Pernice, *l. c.*, pp. 17-19).

(2) Fr. 40, § 5 D. 35, 1; fr. 19 D. 32; fr. 80 D. 35, 1, ecc.

(3) Fr. 11, § 23 seg. D. 32; fr. 38, § 2 D. 34, 2. V. quanto è detto più sopra riguardo alle fondazioni.

(4) Cfr. Pernice, *loc. cit.*, p. 197 segg.

In qualche ipotesi nel diritto nuovo è concessa azione anche al terzo, a favore del quale il *modus* è stato aggiunto: di ciò diremo parlando della possibilità di contratti a favore di terzi.

154. Se il *modus* è impossibile o illecito, o se il suo adempimento diventa poi impossibile per il mutarsi delle circostanze, il legato o fedecommesso rimangono efficaci ed esigibili, e tanto meno si può pretendere la restituzione di quanto il legatario o fedecommissario avesse già percepito. Questa almeno è la regola costante del diritto classico, che nel diritto giustinianeo si trova modificata (in via di interpolazioni sistematiche) nel senso che l'impossibilità o l'illecitudine del *modus* fanno cadere il legato o fedecommesso, cui questo aderisce (o danno diritto alla sua ripetizione in base alla *cautio*), qualora il *modus* stesso appaia essere la prevalente ragione del negozio: ciò che ordinariamente si desume dal fatto che tutto il beneficio del lascito dovrebbe essere devoluto alla esecuzione del *modus*. Questa dottrina riposa sopra un indebolimento del concetto di *legato* e sopra un mutamento nella comprensione della sua causa sostanziale. V. più avanti dove parleremo della natura dei legati (1).

Ne' casi di *modus* applicato agli atti fra vivi, in cui si concedeva per l'inadempimento la *condictio* [*causa non secuta*], non si distingueva se tale inadempimento derivasse da regioni obbiettive o fosse imputabile a mala volontà o negligenza del beneficato. Nel diritto giustinianeo per converso qui si

---

(1) La dimostrazione delle cose affermate nel testo è largamente fornita dal Pernice, *loc. cit.*, pp. 294-300. Cfr. pure p. 291 segg. (es. fr. 17 D. 31).

tende a escludere la *condictio*, se l'inadempimento del modo non è rimproverabile all'onerato (1).

155. Varie sono le ragioni, per cui un negozio giuridico è invalido: si tratta sempre di *vizii*, che ne affettano la costituzione. Se il vizio consiste nella mancanza (2) di un elemento essenziale di questa, il negozio giuridico è addirittura *nullo*; se il vizio è di minore momento e trattasi di una causa perturbatrice della funzione di taluno degli elementi stessi, il negozio giuridico è *annullabile* o *impugnabile* semplicemente. Una terminologia costante non troviamo nelle fonti; anche di un negozio annullabile si dice che è *nullus*, che *non valet*, ecc. (fr. 16 D. 4, 4 *passim* e altrove); tuttavia non mancano passi, in cui la distinzione è proposta con energia, e del resto ben di raro avviene che nel caso concreto siamo incerti fra l'uno e l'altro trattamento. Non mancano coloro che vorrebbero dire *inesistente* il negozio nullo e certo con qualche ragione; nè vale dire in contrario che il negozio ha una materiale esistenza, che può venire altrimenti in considerazione, p. es. ai fini penali, ovvero che può costituire un negozio giuridico diverso da quello inteso dalle parti (conversione dei negozii giuridici) Poichè è facile rispondere che nell'uno e nell'altro caso *non esiste* quel negozio, che si è inteso di fare. Piuttosto si può dire che l'apparato materiale ed estrinseco del negozio, può essere vivificato, inte-

---

(1) Pernice, *l. c.*, p. 302 seg.

(2) La mancanza non devesi assumere nel senso materiale, ma nel senso giuridico. Se la dichiarazione di volontà ad es. si dirige a qualche cosa di illecito, *manca* il fine che il diritto possa e debba tutelare.

grato per atti successivi, costituendo quindi un elemento, che non può dirsi *inesistente* di fronte al diritto (1).

156. È nullo il negozio giuridico che per qualche vizio non produce l'effetto giuridico corrispondente; così ad es. un contratto conchiuso da un bambino, una compravendita senza determinazione del prezzo, un mandato criminoso. Simili atti sono per sè medesimi privi di efficacia e se niuno ciò rilevasse, lo dovrebbe rilevare di ufficio il giudice; non vi è bisogno di alcun atto speciale per indurre l'inefficacia, e una sentenza che l'esprimesse non farebbe altro che *dichiarare, manifestare* ciò che è (2). Il negozio annullabile, invece, produce l'effetto giuridico corrispondente, se non che tale effetto può essere paralizzato, fermato, revocato per opera di colui a carico del quale esso si verifica. In diritto romano qui specialmente consiste la differenza fra la nullità *ipso iure* e l'annullabilità del negozio *ope exceptionis*.

---

(1) Cfr. Gradenwitz, *Ungültigkeit obligat. Rechtschäfte*, p. 300 seg.; Mitteis nella *Zeitschrift* di Grünhut, XVI, p. 641 segg. In Italia v. Ferrarini, *Invalidità degli atti giuridici*, vol. I, p. 3 seg.; Bertolini, *Ratifica*, specialmente vol. II, §§ 22-25; Barassi, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, pp. 11-100.

(2) Intermedia quasi è la *nullità relativa* (ad es. contratto conchiuso da un pupillo *infantia maior* senza il tutore, ecc.), che non può essere rilevata che da una parte o almeno a beneficio di essa. Si parla da alcuni moderni anche di *nullità condizionale*; v. Puchta, *Vorlesungen*, ad § 67, n. 4. Per noi la c. d. *nullità relativa* è la forma più energica di annullabilità, il negozio anzi è provvisoriamente trattato come nullo in quanto importa svantaggio o peso alla parte che si vuol tutelare.

Ancora più tenace è la vita del negozio giuridico, quando non c'è altro rimedio che quello di invocare contro le sue conseguenze la restituzione *in integrum*, o di chiedere che si ripari la lesione.

157. Un negozio, le conseguenze del quale si possono eliminare *ope exceptionis*, esiste e tanto esiste, che, ove l'eccezione non venga opposta in termine utile, esplica anche l'estrema efficacia (1). Di più, come vedremo, un negozio annullabile si presta alla convalescenza. *Praticamente* la distinzione non ha spesso grande valore (fr. 112 D. 50, 17; fr. 5, § 1 D. 19, 1, ecc.), giacchè se colui, contro il quale il negozio dovrebbe esplicare il suo effetto, è pronto a servirsi della eccezione, riduce all'inanità il diritto dell'avversario. D'altra parte il fondamento della eccezione ha altre conseguenze. Non può di fronte ad un'obbligazione sorgente da un negozio annullabile, parlarsi di *mora* (2), poichè l'interpellanza diretta a colui che non è tenuto a ubbidirvi perde il suo carattere. Inoltre il rimedio che può opporsi contro l'obbligazione principale può opporsi anche contro le accessorie, vale a dire contro quelle de' fideiussori (3). Più grave è che in qualche ipo-

(1) *Inst.*, 4, 13 *per totum* e i corrispondenti paragrafi di Gajo. Cfr. fr. 36 D. 45, 1: c. 9, C. 8, 37 [38], ecc. Specialmente chiara è la locuzione della c. 5, C. 8, 38 [39]: « dolo vel metu adhibito, *actio quidem nascitur*, si subdita stipulatio sit; per doli mali tamen vel metus exceptionem summoveri petitio debet ». Qui è detto anche che l'*exceptio* contiene un vero attacco contro il negozio, il che non è stato bene avvertito dal Gradenwitz, *l. c.*, p. 303 e *passim*.

(2) Fr. 40 in f. D. 12, 1; fr. 88 D. 50, 17.

(3) Fr. 6 D. 45, 1. Per le questioni esegetiche qui relative v. avanti.

tesi chi ha pagato per errore nonostante l'*exceptio perpetua*, con cui avrebbe potuto difendersi, può ripetere il soluto colla *condictio indebiti* (1). Anche in tali ipotesi però Ulpiano distingue bene l'annullabilità mera dalla nullità: *non solum si* OMNINO NON DEBEBATUR, *sed etsi per aliquam exceptionem peti non poterat* [§ 266 cit.]. Tali ipotesi sono del resto quelle dove la mera annullabilità non risponde ai fini del diritto e la giurisprudenza spinge verso il trattamento del negozio come nullo [*exceptio legis Cinciae*], o dove la *condictio*, anzichè effetto della deficienza del negozio per cui si è pagato, sostanzialmente è effetto positivo di un altro negozio efficace (fr. 26, § 7 cit.), ecc. (2). Parlando dell'eccezione, diremo più largamente delle ragioni della distinzione.

158. L'invalidità in genere di un negozio giuridico può essere *totale* o *parziale;* può essere *iniziale* o *consecutiva* (quando cioè il negozio è validamente costituito, ma s'invalida poi pel mutarsi delle circostanze); può finalmente essere sanabile o insanabile. Quando il vizio può essere rimosso in modo che il negozio giuridico esplichi la sua efficacia, si parla, adoperando un'espressione delle fonti, di *convalescenza* del negozio stesso.

---

(1) La regola è assai meno generale che non appaja da *Vat. fr*, 266; fr. 26, § 3 D. 12, 6. Nè basta la formola di Marciano in fr. 40 pr. *ibid.* Cfr. sull'argomento Savigny, *Syst.*, 5, 375; Francke, *Civ. Abh.*, p. 15 e più avanti.

(2) In tali casi vi ha dunque un grado intermedio fra *nullità* e *annullabilità;* non si arriva fino agli effetti della prima. Si pensi solo al fatto che il fondamento dell'*exceptio* non può essere rilevato d'ufficio.

159. I modi, per cui tale convalescenza si verifica, sono diversi:

A) *Ratifica.* — Questa figura di *ratihabitio* non va confusa con quella, di cui abbiamo fatto cenno nella dottrina della rappresentanza. Quando si tratta di negozio meramente annullabile, la parte cui spetta il diritto all'impugnativa vi può certamente rinunciare : s'intende che la rinunzia non ha valore se non è fatta da chi abbia in genere la capacità di alienare; occorre poi che non sia essa medesima affetta dal vizio che invalida il negozio precedente.

160. Una simile rinuncia permette a questo di operare i suoi effetti. Essa non avrebbe significato di fronte ad un atto veramente nullo; ben potrebbe taluno mettersi in condizione da non poter far valere tale nullità, ma ciò non toglie che l'atto sia ed obbiettivamente e di fronte ai terzi *nullius momenti*. Questo è il significato del noto canone: « quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere » (fr. 29 D. 50, 17) (1).

Nè forse a tale canone offre una contraddizione la c. 25 C. 5, 16 di Giustiniano Ivi si parla in ispecie delle donazioni fra coniugi; della loro convalidazione *per silentium* (2) e dell'esplicita conferma nel testamento del donante (3). Quest'ultima

---

(1) La regola è dunque che nullità e insanabilità del negozio giuridico coincidono. Non vi ha dunque altro mezzo che di rinnovare il negozio stesso con tutti i requisiti di sostanza e di forma e con efficacia dal momento della rinnovazione.

(2) Fr. 32 D. 24, 1.

(3) La distinzione è importante perchè il *silentium* a nulla giova contro un vizio di forma.

equivale a legato, e si comprende facilmente perchè « ex eo tempore, ex quo confirmatae sunt » valgono anche le donazioni mancanti della forma richiesta; esse valgono in sostanza appunto come legati. L'imperatore dice però che se le donazioni erano per la forma regolari, « tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit ». È certo che per l'antico diritto le donazioni fra coniugi sono atti nulli per mancanza di causa (essendo la causa in concreto riprovata dal diritto). Ma dal momento che si ammise potersi tali donazioni confermare pel fatto che il donante premuoia senza revocarla, l'atto è piuttosto sospeso da una tacita condizione anzichè nullo (1). Se la condizione manca perchè il donante si pente o il donatario premuore, l'atto si considera come privo di giuridica consistenza (secondo la suesposta teoria della condizione); se la condizione si verifica, nulla impedisce che (salvi i diritti dei terzi) in conformità della manifesta intenzione delle parti gli effetti si retrotraggano.

161. B) *Decorso del tempo.* — In alcuni casi l'azione per impugnare l'atto viziato è ristretta ad un dato periodo di tempo (molto più breve degli

---

(1) V. come Papiniano, *Vat. fr.*, 294 distingue fra la donazione confermabile *perseverantia voluntatis* e il negozio *totum inritum*, di fronte al quale non è concepibile una conferma. Più tardi le donazioni fatte ai figli *in potestate* si salvarono come *donationes mortis causa:* Diocl. e Massim., *ib.*, *fr.* 274, 281; con Giustiniano poi, mutato profondamente il modo di considerare la patria potestà, fu qui pure ammissibile la *conferma* coll'efficacia consueta.

ordinari termini di prescrizione). Così ad es. se i beni di un minore furono alienati *sine decreto*, in cinque anni dal compimento della maggiore età *inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboratur* (c. 3 pr. C. 5, 74). Tale convalescenza si può spiegare in molte maniere (e anche in modo analogo al caso precedente) senza contraddizione coi principii suesposti.

162. C) *Rimozione del vizio.* — In altri casi può tale rimozione addurre la convalescenza. S'intende che ciò non si verifica che ove si tratta di mera annullabilità, di cui vien meno il motivo.

163. D) *Giuramento.* — La c. 1 C. 2, 27 (28) nega la restituzione *in integro* a colui, che non solo aveva promesso « nullam de cetero *se* esse controversiam facturum », ma aveva anche confermato « id.... iureiurando corporaliter praestito servare ». Non si può per diritto romano puro assegnare al giuramento confermatorio una maggiore efficacia di quella, che in questa specie si esprime.

164. L'invalidità del negozio giuridico può derivare da incapacità del soggetto (1): qui trattasi di nullità, che però in caso di incapacità relativa non può di regola farsi valere che da parte dell'incapace. Può l'invalidità derivare da ciò, che l'oggetto, cui la disposizione si rapporta, è impossibile naturalmente o giuridicamente; dalla mancanza di causa

---

(1) Nei contratti bilaterali può avvenire che sia invalido il negozio rispetto all'incapace e valido per l'altro contraente, a carico del quale solamente nasce l'obbligazione (*negotium claudicans*): sulla questione se da parte dell'incapace si possa far valere senza sacrificio il relativo credito, v. più avanti a proposito dei contratti.

lecita, di requisiti formali e così via. Le più importanti ragioni d'invalidità derivano dai vizii che affettano la volontà e per conseguenza il contenuto della dichiarazione.

165. Il più frequente di tali vizii è l'errore. Sotto il nome di *error* le fonti comprendono anche l'*ignorantia*, che pur talora nominano distintamente: in senso stretto *ignoranza* denota l'assenza di cognizione; errore l'esistenza positiva di una nozione falsa. L'*errore* poi vi può essere (1) anche dove c'è la piena cognizione dei fatti; p. es. ne' casi di distrazione: sempre è vero che la persona *erra*, cioè va fuori dalla giusta strada.

166. L'*errore* è un fenomeno di grande importanza in tutto il campo del diritto. L'errore suole essere elemento della *buona fede*, sovratutto nella materia de' diritti reali, in cui ha gravi conseguenze: l'errore può anche essere un coefficiente per l'acquisto di diritti famigliari, ecc. (2).

In numerose circostanze l'errore fa sì che non esista e non si possa ammettere quella volontà, che sarebbe invece da ritenere esistente in caso di *scientia:* si pensi agli atti così detti *concludenti*, che sono tali appunto, quando chi opera abbia notizia dello stato delle cose. Non si può dire che consenta alla modificazione onerosa del decorso delle

---

(1) Zitelmann, *Irrtum und Rechtsg.*, p. 363 seg.

(2) « Erroris causae probatio »: Gai., 1, 71-75, ecc. L'errore ha, viceversa, importanza in quanto esclude la mala fede e il dolo: la norme circa l'errore che esclude il dolo non sono identiche a quelle circa l'errore che vizia la volontà dichiarata nel negozio giuridico: Ferrini, *Diritto penale romano* (Hoepli, 1898), pp. 140 a 152.

acque chi lascia fare « per errorem aut imperitiam deceptus » (fr. 19, 20 D. 39, 3); non c'è proroga di giurisdizione, se « per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus » (fr. 15 D. 2, 1): non c'è manumissione nella *professio* di un servo come libero, se ciò dipende da una falsa opinione, che naturalmente esclude in quell'atto la *voluntas manumittendi* (c. 8 e 9 C. 1, 18). In simili casi non è l'errore che vizia la dichiarazione di volontà; è questa che manca in causa dell'errore. Il Savigny parla a tale proposito di *errore improprio:* la frase è meno felice, ma la distinzione di questa figura è importante.

167. Noi qui dobbiamo occuparci dell'errore, il quale non toglie la dichiarazione di volontà, ma anzi la presuppone, inerendo come un vizio alla medesima. Se l'errore è *essenziale,* cade cioè su un punto che è determinato nella conclusione del negozio giuridico, questo è nullo, non potendosi la volontà considerare che come apparente soltanto. Altrimenti si parla di errore *secondario* o *concomitante:* questo non nuoce alla validità del negozio giuridico e solo può dare fondamento a qualche domanda di risarcimento.

168. L'errore è essenziale:

a) *sempre* se cade sulla stessa natura del negozio. Ad esempio A dà del danaro in dono a B e B lo riceve credendo che gli sia dato a mutuo: « donationem non esse . . nec mutuam (pecuniam) esse »: fr. 18 D. 12, 1.

b) Se cade sulla persona, la cui considerazione sia determinante in quel dato negozio: nelle fonti è spesso contemplato il caso del mutuo: la persona del mutuatario è ordinariamente un elemento determinante. Lo stesso deve dirsi per l'errore circa la persona del donatario, dell'erede o del lega-

tario, ecc. Minore importanza suole avere tale er rore nei negozii a base commutativa.

c) L'errore può cadere intorno alla cosa, cui il negozio si riferisce; a proposito si distingue con termini derivati dalle fonti « error in corpore», « in substantia », « in qualitate ». Simili categorie non sono separate però da confini impreteribili; talora non è agevole il dire a quale categoria l'errore appartenga. Ciò non è di molta conseguenza rispetto alle prime due categorie, per cui si conviene che l'errore è sempre essenziale; lo è invece rispetto al confine tra la seconda e la terza, stimandosi « secondario » l'*error in qualitate*. Vi ha *error in corpore* e cioè proprio nella « individualità della cosa », quando ad esempio io credo di comperare da te il fondo corneliano e tu credi di vendermi il semproniano; io di comperare da te il servo Stico, tu di vendermi Panfilo. Si suppone che tali contrattazioni avvengano in assenza della cosa (fr. 9 pr. D. 18, 1); poichè se avvenissero *rebus praesentibus* e solo ci fosse errore nel nome « nulla dubitatio est quin valeat emptio et venditio » (fr. 9, § 1 ib.).

169. La *substantia* è ciò che costituisce l'essenza della cosa: non è esatto identificarla colla costituzione materiale di essa (1): Ulpiano in un passo (fr. 9, § 2 cit.) si vale a schiarimento del termine greco οὐσία. Si comprende però che nelle cose, che non hanno pregio di forma, l'essenza penda precipuamente dalla composizione materiale. Al punto che se taluno credendo di aver comperato vino ha (senza *error in corpore*, poichè fu identificato il

---

(1) Altrimenti non si potrebbe dire « mutata forma prope interemit substantiam rei ».

recipiente) comperato aceto, l'errore è dal giurista considerato come essenziale, se « ab initio acetum fuit. ut embamma » ; non se si tratta di vino inacidito. Qui pare al giurista che possa sempre discorrersi di « vinum deterius factum » : che rimanga quindi l'*essenza che determina la cosa* e non si tratti di « aliud pro alio ». Lo stesso deve pur dirsi quando taluno comperi una quantità determinata di metallo, ch'egli crede argento mentre è piombo, ecc.: fr. 9, § 2 cit. (1). La composizione materiale determina l'οὐσία anche nei casi dove c'è qualche pregio di forma, ma non prevalente ed assorbente; dove quindi nella usuale denominazione dell'oggetto si aggiunge come elemento integrante la menzione della sua composizione, ad esempio: braccialetto d'oro, catena d'argento, ecc. In tali casi l'errore non è essenziale, finchè la *verità di tale denominazione* non è tolta: il braccialetto può dirsi *aureo* ancorchè l'oro entri in poca parte in lega scadente, non così se consti di affatto diversa composizione metallica: fr. 14, fr. 41, § 1 D. 18, 1. Nel primo caso l'errore non si ha come essenziale ed esso non può costituire che una ragione di risarcimento (2). È poi da ritenere che, se si trattasse

---

(1) S'intende nel caso che ci sia stato *consensus in corpus*. Se la vendita fu di genere e il venditore consegnò per errore invece di un dato peso d'oro una quantità di altro metallo, la vendita sta, la soluzione è inefficace e il venditore è tenuto « ut aurum quod vendidit praestet »: fr. 45 D. 18, 1 *in fine*. In questo frammento di molto controversa interpretazione va levata la parola *vas* davanti ad *aurichalcum*, come esige anche la grammatica.

(2) Non si ammetteva fra le diverse qualità di legno

di un'opera d'arte eminente, la composizione materiale passerebbe in seconda linea.

A completare la prova che la *substantia* non si esaurisce in quest'ultima, gioverà ricordare che lo stesso Ulpiano (fr. 11, § 1 cit.), dopo avere distinto l'*error in substantia,* ne fa applicazione a colui che per errore comperi una schiava credendo di avere comperato uno schiavo. Nel concetto filosofico qui vi è differenza di οὐσία (economicamente vi corrisponde una grande diversità di mansioni e di ufficii) e però vi ha errore essenziale, sebbene non si possa affatto discorrere di composizione materiale diversa (1).

170. Naturalmente l'errore *in substantia* non invalida sempre il negozio giuridico, cui si riferisce. Tutto dipende dalla posizione delle parti in ordine ad esso. Nei casi accennati di compravendita il negozio è nullo se il compratore pensa ad una *substantia* più pregiata che in realtà non sia; lo sarebbe anche nella ipotesi di un inverso errore del venditore. Ma se il venditore sa di vendere un og-

---

una sostanziale diversità, come quella che intercede fra' diversi metalli. Quindi l'errore in proposito non si considerava come errore nella sostanza, ma come errore nella qualità: fr. 21, § 2 D. 19, 1 (ove si fa il caso di chi per errore « mensas quasi citreas emat quae non sunt »). Si tratta sempre di legno, sebbene di *legno deteriore*, come nel fr. 10 D. 18, 1 si tratta di « aurum deterius, quam emptor existimaret ».

(1) Non appartiene a questa materia il caso, in cui le parti ignorino che non esiste la cosa di cui dispongono. Qui il negozio può essere invalido, ma per l'obbiettiva impossibilità della prestazione. V. per le varie configurazioni il malamente interpolato fr. 57 D. 18, 1 (fr. 58 *ib*).

getto d'argento e il compratore crede di comperarne uno di stagno o se viceversa il venditore crede di vendere un oggetto d'argento e il compratore sa di comperarne uno di stagno, sebbene non siavi consenso *in substantia,* non si può dire invalido il contratto, dal momento che tale errore non è in antitesi coi fini di questo. In una *stipulatio* potrà venire in considerazione l'errore del promittente, che a suo danno si sia ingannato; non quello dello stipulante. Costui potrà se ingannato provvedere in altro modo; ma non c'è motivo di invalidare la *stipulatio.* Così dicasi del commodato, del pegno (fr. 1, § 2 D. 13, 7 ecc.). Il legato sarà valido ancorchè sia di bronzo quell'oggetto che il testatore ha creduto d'oro; potrebbe invece essere invalido nel caso inverso.

171. Analoghi riflessi vanno fatti per l'errore *in quantitate.* Se io loco per 10 e il conduttore per errore crede di prendere in affitto per 5, *nihil agitur;* nel caso inverso che io creda di locare per cinque e il conduttore di assumere per dieci il contratto è valido e la locazione consiste per cinque (fr. 52 D. 19, 2). Se io stipulo dieci e il promittente per errore promette venti, la stipulazione è valida per dieci.

172. L'errore nei motivi non ha importanza negli atti fra vivi, come s'è già avuto occasione di accennare. Per gli atti di ultima volontà noi troviamo che nel diritto nuovo si manifesta la tendenza a tener conto della falsità dei motivi, sovratutto *espressi.* Il principio rimane sempre quello che « falsa causa (qui nel senso di « motivo ») legatum (institutionem) non peremit ». Si insegna che « ratio legandi legato non cohaeret » cfr. § 31 I. 2, 20: fr. 17 § 2: fr. 72 § 6 D. 35. 1. Nell'ul.

timo passo vi è questa interpolazione: « sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus (chi?) non fuisset » Nel periodo classico non troviamo che qualche « constitutio personalis » (*decreta*) che *eccezionalmente* dà importanza ai motivi: appunto tale eccezionalità che viene rilevata conferma la regola opposta (1). Adriano concesse l'eredità al figlio, che la madre non aveva istituito perchè lo credeva morto (2). Più grave è la decisione di Caracalla riferita nel fr. 93 D. 28, 5. Nomina il testatore un nuovo erede, adducendo come motivo la morte di quelli da lui istituiti in precedente testamento; non essendo vera la notizia della morte, l'imperatore attribuisce l'eredità a quello che era stato scritto anteriormente. In c. 4 C. 6, 24 si richiamano decreti di Caracalla per dichiarare invalida la istituzione in erede di chi era stato nominato tale nella falsa opinione che fosse figlio del testatore.

---

(1) La diseredazione dev'essere un certo giudizio, per cui taluno esclude dalla successione un *heres suus*. La diseredazione di chi non è *heres suus* non ha senso comune. Se quindi taluno disereda suo figlio, dicendo che lo fa perchè (erroneamente) non lo reputa tale, l'atto è nullo (fr. 14, § 2 D. 28, 2). Non è l'errore nel motivo come tale che ciò opera, ma la contraddizione intima dell'atto stesso. Non appartengono qui le c. 9 e 10 C. 6, 21 di Gordiano e Filippo: ivi si contempla un caso di errore improprio. La preterizione dei *liberi* nel testamento militare equivale a diseredazione, *se il testatore sa della loro esistenza:* altrimenti no, e quindi ha luogo rottura del testamento stesso.

(2) Fr. 28 D. 5, 2. Qui in sostanza l'imperatore cassò come *inofficioso* il testamento: la singolarità del decreto fu piuttosto quella di tener validi i legati e le manumissioni, come ivi nota Paolo.

173. L'errore nei motivi e quello non essenziale assume tuttavia una particolare importanza quando sia provocato dall'inganno, dal raggiro della controparte.

In tal caso, la parte ingannata può opporsi con una eccezione di dolo (*specialis*) all'azione che venga intentata contro di essa; eccezione che nei giudizi di buona fede si ritiene già implicita nelle parole della formola che accennano a questa (1). Tale eccezione può praticamente condurre alla rescissione del negozio.

Se la parte ingannata è il creditore o se il debitore non è più in grado di valersi della eccezione, si fa luogo all'azione di dolo, almeno quando l'errore sia stato provocato mediante simulazione (2) o altri apparati artificiosi, fr. 1, § 2, 3 D. 4, 3: fr. 7, § 9 D. 2, 14: Pernice, *Labeo*, II^2, 1 p. 200 e seg.). Una tale azione suole essere l'unico rimedio, ove il dolo provenga da un terzo (3) e l'errore suscitato non sia tale da meritare per sè medesimo riparazione.

---

(1) Ne' contratti bilaterali di buona fede, l'azione contrattuale può sempre essere adoperata per far rimuovere le conseguenze dell'inganno.

(2) Meno basta per l'*exceptio* e per l'uso delle azioni di buona fede: fr. 43, § 2 D. 18, 1. Basta all'uopo anche un malizioso silenzio: fr. 35, § 8 *ib.*, ecc. L'eccezione di dolo in questa funzione si dice speciale; essa si contrappone alla così detta *exceptio doli generalis*, per cui il convenuto si difende contro la mala fede anche attuale dell'attore. Cfr. Milone, *L'exceptio doli generalis*; Pernice, *Labeo*, II^2, 1, p. 231-252.

(3) In materia di dolo processuale dopo Adriano troviamo parola di *restitutio in integrum propter dolum:* fr. 7, § 1 D. 4, 1; fr. 33 D. 42, 1: Windscheid, I. § 118.

timo passo vi è questa interpolazione: « sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus (chi?) non fuisset » Nel periodo classico non troviamo che qualche « constitutio personalis » (*decreta*) che *eccezionalmente* dà importanza ai motivi: appunto tale eccezionalità che viene rilevata conferma la regola opposta (1). Adriano concesse l'eredità al figlio, che la madre non aveva istituito perchè lo credeva morto (2). Più grave è la decisione di Caracalla riferita nel fr. 93 D. 28, 5. Nomina il testatore un nuovo erede, adducendo come motivo la morte di quelli da lui istituiti in precedente testamento; non essendo vera la notizia della morte, l'imperatore attribuisce l'eredità a quello che era stato scritto anteriormente. In c. 4 C. 6, 24 si richiamano decreti di Caracalla per dichiarare invalida la istituzione in erede di chi era stato nominato tale nella falsa opinione che fosse figlio del testatore.

---

(1) La diseredazione dev'essere un certo giudizio, per cui taluno esclude dalla successione un *heres suus*. La diseredazione di chi non è *heres suus* non ha senso comune. Se quindi taluno disereda suo figlio, dicendo che lo fa perchè (erroneamente) non lo reputa tale, l'atto è nullo (fr. 14, § 2 D. 28, 2). Non è l'errore nel motivo come tale che ciò opera, ma la contraddizione intima dell'atto stesso. Non appartengono qui le c. 9 e 10 C. 6, 21 di Gordiano e Filippo: ivi si contempla un caso di errore improprio. La preterizione dei *liberi* nel testamento militare equivale a diseredazione, *se il testatore sa della loro esistenza*: altrimenti no, e quindi ha luogo rottura del testamento stesso.

(2) Fr. 28 D. 5, 2. Qui in sostanza l'imperatore cassò come *inofficioso* il testamento: la singolarità del decreto fu piuttosto quella di tener validi i legati e le manumissioni, come ivi nota Paolo.

173. L'errore nei motivi e quello non essenziale assume tuttavia una particolare importanza quando sia provocato dall'inganno, dal raggiro della controparte.

In tal caso, la parte ingannata può opporsi con una eccezione di dolo (*specialis*) all'azione che venga intentata contro di essa; eccezione che nei giudizi di buona fede si ritiene già implicita nelle parole della formola che accennano a questa (1). Tale eccezione può praticamente condurre alla rescissione del negozio.

Se la parte ingannata è il creditore o se il debitore non è più in grado di valersi della eccezione, si fa luogo all'azione di dolo, almeno quando l'errore sia stato provocato mediante simulazione (2) o altri apparati artificiosi, fr. 1, § 2, 3 D. 4, 3: fr. 7, § 9 D. 2, 14: Pernice, *Labeo*, II², 1 p. 200 e seg.). Una tale azione suole essere l'unico rimedio, ove il dolo provenga da un terzo (3) e l'errore suscitato non sia tale da meritare per sè medesimo riparazione.

---

(1) Ne' contratti bilaterali di buona fede, l'azione contrattuale può sempre essere adoperata per far rimuovere le conseguenze dell'inganno.

(2) Meno basta per l'*exceptio* e per l'uso delle azioni di buona fede: fr. 43, § 2 D. 18, 1. Basta all'uopo anche un malizioso silenzio: fr. 35, § 8 *ib.*, ecc. L'eccezione di dolo in questa funzione si dice speciale; essa si contrappone alla così detta *exceptio doli generalis*, per cui il convenuto si difende contro la mala fede anche attuale dell'attore. Cfr. Milone, *L'exceptio doli generalis*; Pernice, *Labeo*, II², 1, p. 231-252.

(3) In materia di dolo processuale dopo Adriano troviamo parola di *restitutio in integrum propter dolum:* fr. 7, § 1 D. 4, 1; fr. 33 D. 42, 1: Windscheid, I. § 118.

174. Che l'*exceptio doli* non si possa opporre che alla controparte autrice del dolo, è già per sè manifesto. Ad esempio l'erede legittimo persuade dolosamente il testamentario di ripudiare l'eredità, falsamente rappresentandola come oberata; indi egli cede l'eredità stessa per una somma ad un terzo. Se costui intenta la *petitio hereditatis* contro colui che ha ripudiato l'eredità stessa deferitagli per testamento, non potrà venire rimosso mediante una eccezione di dolo (fr. 4, § 28 D. 44, 4). All'ingannato non rimane che di esperire un'azione di dolo contro l'ingannatore (fr. 9, § 1 D. 4, 3). Nel caso però di successore a titolo lucrativo non sono alieni i più recenti giuristi classici dal concedere contro di lui una eccezione di dolo in funzione generale, quasi che non risponda all'onestà il mantenere un mero lucro proveniente dal danno che per l'inganno è stato recato al terzo (1). V. fr. 4, § 29 ibid.

175. Adunque un negozio giuridico viziato da dolo può considerarsi come *annullabile:* esso non è però nullo. E nemmeno è nullo un contratto di buona fede per tale vizio; giacchè è vero che « exceptio doli bonae fidei iudiciis inest », ma ciò ha un significato meramente processuale. Non occorre l'accenno nella formola, perchè il giudice possa tener conto della *exceptio doli:* questa è già designata implicitamente colle parole *ex fide bona;* oc-

---

n. 6. Tale rimedio è però probabilmente più antico, se è lecito argomentare dalla collocazione della stessa *actio doli* nell'editto: Lenel, *E. P.*, 92.

(1) Si comprende poi come l'*exceptio doli* si possa opporre al terzo creditore pignoratizio o ipotecario, che promuova la relativa azione: costui non fa che esperire una facoltà del domino, come vedremo (fr. 4, § 30 *ib.*).

corre però che sia proposta almeno *in iudicio* e sostenuta. Inoltre non è neppur detto che qui il dolo conducesse necessariamente all'assoluzione; poteva il giudice ordinare compensi parziali e assicurarli mediante cauzioni; solo col rifiuto di questa l'attore avrebbe dovuto essere pienamente respinto (1). Vi ha un testo, in cui si dice essere *nulla* una compravendita di un servo, se un minorenne « in hoc ipso ut venderet circumscriptus sit » : fr. 7 pr. D. 4, 3. Ma qui si tratta di un caso di *circumscriptio adulescentium* e potrebbe esservi riferimento ad una speciale disposizione della legge Pletoria per simili fattispecie.

176. Piuttosto è da ritenere che fosse nullo il contratto di società viziato dal dolo di uno dei contraenti (2). Il dolo contrasta singolarmente all'indole di questo contratto che costituisce un *rapporto di fraternità* nel modo di considerarlo dei Romani. Qui dunque non è l'errore causato dal dolo che importa la nullità, ma l'intenzione contraria affatto allo spirito che deve animare il negozio. Come è nullo un legato dettato da spirito di malevolenza, così è nulla una società contratta per illecita tendenza speculatrice a detrimento dei compagni.

177. Anche la violenza (3) (nelle fonti *vis* e

---

(1) Pernice, *Labeo*, II², 1, pag. 287.

(2) Fr. 3, § 3 D. 17, 2; fr. 16, § 1 D. 4, 4.

(3) Le fonti parlano sempre della violenza consistente in una minaccia rivolta contro alcuno pel caso che non faccia qualche cosa. La c. d. *vis compulsiva* si ha quando taluno è fisicamente compulso ad agire, p. e. a firmare un'obbligazione. È ovvio che qui manca affatto la volontà e che l'atto è assolutamente nullo.

metus, che rappresentano i due aspetti del concetto medesimo) può considerarsi come un vizio della volontà, in quanto influisce indebitamente sui motivi di questa: pone cioè un motivo, che non dovrebbe operare: si vuole far quella dichiarazione *piuttosto che subire* quel male (1); lo sfuggire a questo costituisce il motivo della dichiarazione medesima. Questa dunque esiste (*coactus volui*: fr. 21, § 5 D. 4, 2 ecc.) ed esiste il negozio giuridico correlativo; sebbene sia opportuno considerarlo come impugnabile ed annullabile pel vizio che affetta la dichiarazione medesima. Questa non risponde ad una *spontanea deliberazione* del dichiarante e in

(1) La minaccia dev'essere seria, attendibile (fr. 6 *h. t.*), dev'essere *maioris malitatis* (pericolo per la vita, l'integrità personale, la libertà, ecc.: fr. 3, § 1; 7 pr. § 1; 8, § 2 *h t.*; non basta pericolo per la reputazione, minaccia di minori vessazioni, ecc.: fr. 7 pr. cit.). Molto dubbio è se basti la minaccia di danni patrimoniali. Del resto non importa che la minaccia si riferisca alla persona stessa del minacciato o a quella de' suoi cari. La minaccia dev'essere ingiusta, se non in sè medesima, almeno in relazione allo scopo. P. es., è giusta in sè la minaccia del marito di accusare il drudo colto in flagrante, ma sarebbe viziata una obbligazione che sotto questa minaccia egli gli estorcesse (fr. 7, § 1 *h. t.*). Occorre poi che la minaccia sia stata fatta allo scopo di estorcere quella dichiarazione, come nei casi suindicati; non basta il fatto che essa costituisca uno dei motivi della dichiarazione stessa. Se, ad es., io ho promesso di pagare una somma per sfuggire ad una minaccia di morte e assumo un mutuo per pagarla, quella promessa è viziata e viziato sarà pure il pagamento se fatto sotto l'impero perdurante della *vis*; ma non il mutuo, sebbene io l'abbia contratto per motivo di quella minaccia e per avere i mezzi idonei a sfuggirvi.

questo senso si dice: « non intellegitur voluisse qui coactus est » (fr. Dosith., § 7, ecc.).

Oltre la *restitutio in integrum propter metum* servono all'uopo l'*exceptio metus* e l'*actio quod metus causa* analoghe nella funzione all'eccezione ed azione di dolo. Però, oltre che l'*a*[0] *quod m. c.* è data entro l'anno nel quadruplo contro chi non restituisce *arbitratu iudicis*, va notato che essa è *in rem scripta* e cioè essa si dà non solo contro l'autore della violenza, ma contro tutti coloro, ai quali il profitto dell'atto estorto colla violenza sia pervenuto. Analogamente l'eccezione *q. m. c.* si dà contro qualunque avente causa dall'autore del *metus*, che pretenda che si mantengano gli effetti del negozio estorto. Questo pertanto è in senso molto più lato annullabile che non sia l'atto carpito mediante raggiro.

Nullo però tale atto non è (1). Paolo dice vera-

---

(1) Se quindi gli effetti sono irreparabili, come nella *manumissio*, non c'è che ricorrere alla *restitutio in integrum* se non per revocare la manomissione stessa, almeno per revocarne le conseguenze (fr. 9, § 2 D 4, 2). Le manomissioni fatte da un privato *coactus a populo* sono dichiarate nulle; ma la decisione particolare si rannoda ad apposite costituzioni di Marco Aurelio in questa materia (fr. 17 pr. D. 40, 9: c. 3 C. 7, 11): evidentemente qui c'era una ragione politica. Inoltre per le manomissioni conducenti alla latinità (*inter amicos:* fr. *Dos.* § 7: *per epistulam:* fr. 9 pr. D. 40, 9) s'era trovato il modo, verosimilmente in base a qualche espressione della *lex Iunia*, di trattarle come nulle se estorte colla *vis*. Quest'ultimo trattamento deve, per diritto giustinianeo, reputarsi esteso in genere ad ogni manomissione. La meno improbabile interpretazione del fr. 22 D. 23, 2 (certamente

mento nel fr. 21, § 3 D. *h. t.* che non nasce obbligazione da una *promissio* (*dictio?*) *dotis* estorta colla violenza e che anzi tale promessa è nulla. Pel diritto giustinianeo il passo va inteso nel senso che tale obbligazione *praticamente* è inefficace perchè annullabile; in quanto al senso genuino di quelle parole non possiamo pronunciarci, perchè strappate dal loro contesto (1).

178. L'atto illecito che mira a fini contrarii al diritto produce gravi conseguenze nel senso che il suo autore deve ripristinare l'ordine turbato e rimediare al torto prodotto. Ne viene quindi che la conseguenza giuridica del delitto non può essere (nel campo del diritto privato) che un'obbligazione e infatti la teoria relativa appartiene tutta al trattato delle obbligazioni, al quale appunto rinviamo. Soltanto avvertiamo che se il torto consiste nella negazione dell'altrui proprietà (o diritto analogo), *può bastare* alla riparazione l'azione reale corrispondente destinata all'affermazione di tale diritto (nella quale s'intrecciano anche elementi di carattere obbligatorio). Per maggiori spiegazioni in proposito si vegga il capitolo sulla tutela dei diritti reali nel prossimo libro.

---

guasto) induce a ritenere valido anche un matrimonio contratto per timore (« contraxit *tamen* matrimonium... *maluisse* hoc videtur »); sebbene la *vis* sembri repugnare alla *maritalis affectio*.

(1) Guasto è sicuramente il celebre fr. 6, § 7 D. 29, 2, dove colui che *metu coactus* « *fallens* adierit hereditatem » non diventa erede (o — se servo — non fa erede il domino). Sappiamo che l'adizione estorta colla violenza produce i suoi effetti, sebbene possa chiedersi la *restitutio* (fr. 21, § 5 D. *h. t.*). Parrebbe opportuno pensare ad una simulazione (*fallens*) di accettazione, che è scusata *propter metum*.

179. Di molta importanza per la creazione e la modificazione dei rapporti giuridici è il *tempo*. Il tempo in certo senso non è che la vita stessa: vi ha una tendenza nel fatto a convertirsi in diritto, poichè risponde alle esigenze dell'ordine e della tranquillità della vita umana che ciò che da tempo esiste nel fatto venga anche giuridicamente riconosciuto. Donde una duplice conseguenza:

a) che le pretese giuridiche non fatte valere entro un dato periodo di tempo s'abbiano a considerare estinte o che determinati atti (ad es. l'inventario di un'eredità) non compiuti in tempo debito non si possano utilmente compiere più tardi;

b) che quei diritti patrimoniali che presuppongono un diretto rapporto colla cosa si acquistino a vantaggio di colui che di fatto è stato in tale rapporto per un dato periodo di tempo.

Questi sono due principii che esplicano quella tendenza e sono, come vedremo, con varie modificazioni e limiti riconosciuti dal diritto romano (1). In questa parte generale è compito nostro il dare brevi nozioni circa la computazione del tempo.

180. La computazione giuridica *civilis* del tempo trascura le frazioni di giorni, sicchè « annum civi-

---

(1) Non sono qui esauriti tutti i modi, con cui il tempo esercita la sua influenza sui diritti. Basti accennare al fatto che vi sono de' diritti *essenzialmente* limitati nel tempo, diritti invece di loro natura perpetui, ecc. Qui il togliere o l'aggiungere limiti di tempo, può mutare affatto la natura del rapporto giuridico, raggiungendosi solo approssimativamente l'intenzione delle parti: può ad es. aversi un'enfiteusi anzichè una locazione, un usufrutto anzichè una proprietà revocabile, ecc. Ma di ciò a suo luogo.

liter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus » : fr. 134 D. 50, 16 (1). Non si calcola da un punto matematico all'altro (fr. 8 D. 2, 12) ; ma si fa computo di giorni interi, ritenendo che il giorno comincia alla mezzanotte (ibid.). Sotto tale aspetto è quindi indifferente in quale ora del giorno sia avvenuto il fatto, dal quale si deve procedere per calcolare il periodo di tempo: basta prendere nota del giorno. La frazione di giorno che si trascura potrebbe essere tanto quella precedente, quanto quella successiva al fatto suindicato; in altri termini o si prendano le mosse dalla mezzanotte precedente il punto matematico o si prendano le mosse dalla successiva, lo scopo della computazione civile è ugualmente raggiunto. Per usare il linguaggio scolastico possiamo dunque chiedere se « dies a quo computatur in termino ». E la risposta è pel diritto romano affermativa (2). Non altrettanto semplice è la risoluzione rispetto al termine finale. Basta che sia arrivato l'ultimo giorno del termine (che sia quindi arrivata la mezzanotte che distingue il penultimo dall'ultimo giorno), ovvero occorre che sia totalmente passato, perchè si abbiano gli effetti giuridici del termine stesso? Una serie di testi ritiene compiuto il periodo legale *non appena sia arrivato l'ultimo giorno del termine.* Può far testamento colui che nato in qualsiasi ora del primo di gennaio arriva alla mezzanotte fra il

(1) La computazione naturale del tempo non ha luogo che per statuire la possibilità della *restitutio in integrum* de' minorenni: fr. 3, § 3 D. 4, 4 e forse nel diritto giustinianeo pel termine dell'appello (Nov. 23, 1).

(2) È evidente in tutte le decisioni che stiamo per arrecare.

30 e il 31 dicembre del suo quattordicesimo anno: egli ha ancora 13 anni, ma è arrivato al termine coll'ultimo giorno (fr. 5 D. 28, 1). Lo stesso si dice altrove (fr. 1 D. 40, 1) per l'età di vent'anni richiesta per le manumissioni (1).

Invece altrove si esige che sia oltrepassato l'ultimo giorno del termine. Le azioni temporali si prescrivono solo quando sia passato l'ultimo giorno del periodo di prescrizione: fr. 6 D. 44, 7 (2): la *bonorum possessio* si può domandare ancora *ipso die centesimo*, fr. 1, § 9 D. 38, 9.

181. Nei primi casi si tratta di periodi occorrenti per acquistare un diritto; negli altri, di quelli che importano la perdita di un diritto; si comprende pertanto come ivi si creda opportuno affrettare l'arrivo del termine finale e non invece qui. La disputa dei moderni (dei quali non ho creduto conveniente addurre le varie controversie su questo punto) (3) ferve sovratutto sul modo di calcolare i termini per l'usucapione. Infatti se il periodo dell'usucapione conduce il possessore all'acquisto di un diritto, implica una corrispondente perdita a danno del titolare precedente (Keller, l. c. p. 176). *A*

---

(1) La qualità di *anniculus* (ad. es. Gai., 1, 73) si computa nello stesso modo: fr. 134 D. 50, 16.

(2) Anche nel molto disputato fr. 101 D. 50, 17 è chiaro che l'ultimo giorno è ancora utile: « et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est ». Sul modo di computare i mesi nel diritto romano, vi hanno incertezze e difficoltà non poche.

(3) Noi ci allontaniamo specialmente dal Savigny (*Syst.*, IV, § 182: v Ferrini, *Lezioni litogr.*, 1897-98, p. 523-542: spec. p. 541, in nota). Sui motivi del diverso computo leggi il Keller, *Pand.*, I², § 73, p. 175 seg

priori però è da osservare che i Romani consideravano nell'usucapione, come la stessa parola significa, prevalentemente il convertirsi in diritto di un idoneo stato di fatto: è il rapporto colla cosa che merita di essere giuridicamente riconosciuto; la decadenza del titolare anteriore non è che la conseguenza di simile fatto. È quindi da ritenere che il metodo di calcolo applicato fosse il primo. In realtà pare a me che tale sia anche il significato dei testi. Nel. fr. 15 pr. D. 44. 3 si legge « in usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, *nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus* ». Ora *dies novissimus* non può essere che l'ultimo del termine richiesto ad usucapire. I fr. 6 e 7 D. 41, 3 non adducono a diverso risultato. Il secondo dice che chi ha cominciato a possedere il primo gennaio compie l'usucapione alla mezzanotte *pridie kalendas ianuarias* ed è ovvio intendere la mezzanotte dal 30 al 31 dicembre, quando si ha il « minimum momentum novissimi diei ». Il fr. 6 dice che non si applica all'usucapione il computo naturale, *sed totum postremum diem computamus*. Ciò può significare che tutto l'ultimo giorno si computa nel termine; può anche significare che non si dice compiuta l'usucapione a una data ora dell'ultimo giorno, ma questo si stima interamente a disposizione dell'usucapiente (1).

182. *Continuum tempus* è quello computato a regola di calendario, considerato come una ininter-

---

(1) Non osta il responso di Mucio Scevola in Gellio, *N. A.*, 3, 2, 12: poichè qui si tratta di ciò che « ante diem quintum kal. » l'anno non è in ogni caso compiuto.

rotta successione di unità di tempo; *utile tempus* è quello, nel computo del quale non si tien conto di quei periodi in cui fu a taluno impossibile di operare. Tale riguardo non si ha che qualora si tratti di termini brevi, non superiori cioè ad un anno (1): solo quando si tratti di atti da compiersi avanti l'autorità (2) e di termini stabiliti per norma di diritto, non per volontà delle parti e neppure per autorità di giudice (3). Gli ostacoli poi che vengono presi in considerazione sono quelli che dipendono da circostanze transitorie e non da una duratura condizione della persona: possono poi riferirsi tanto alla persona di colui che non agisce, quanto alla persona della controparte o al rapporto verso l'autorità. Cfr. fr. 1 D. 44. 3: fr. 2, § 1-3 D. 38, 15, ecc. L'ignoranza di colui che è chiamato ad agire circa il proprio diritto non viene in considerazione quale ostacolo (fr. 1 cit.), tranne che per la petizione della *bonorum possessio* (fr. 2 pr. cit.). Al contrario vi hanno dei casi, in cui il tempo è continuo, ma non decorre se non dall'epoca della scienza (§ 16 I. 1, 25; fr. 13, § 9 D. 27, 1; c. 19 e 22 C. 6, 30). Per le azioni pretorie annali in genere gli ostacoli non si computano che *ratione initii*, non mai *ratione cursus* (4).

---

(1) c.3 § 2, c. 4 C. 7, 39: fr. 1 pr. D. 43,17, ecc.

(2) Sovratutto: termini per chiedere la *bonorum possessio*, e termini di prescrizione delle azioni.

(3) c. 3 C. 3, 11; c. 2 C. 7, 63.

(4) Ubbelohde, *Ueber die Berechnung des t. u.* (1891). Cfr. Biermann nella *Ztschr. der S. S.*, R. A. XIII, 384 seg. Il massimo argomento è quello che si deduce dalla *restitutio in integrum ob absentiam:* fr. 1, § 1 D. 4, 6.

CAPO VII.

Esercizio e tutela dei diritti.

182 *bis*. L'esercizio dei diritti patrimoniali (1) è di regola libera facoltà del titolare; in qualche caso può tuttavia esservi un dovere: v. ad es. il fr. 3, § 1 D. 42, 8.

183. Non è opportuno in via generale che i privati provvedano direttamente alla difesa dei loro diritti offesi o negati; all'uopo è istituita nello Stato la giurisdizione. La storia del diritto romano prova come la reazione privata prima largamente concessa venisse man mano restringendosi; ancora le più antiche forme processuali contengono in figura di simboli molte traccie di un tempo, in cui i privati si facevano direttamente giustizia.

184. Nel diritto classico, oltre i casi della legittima difesa (2), ne abbiamo altri, in cui il privato può farsi da sè ragione. Il proprietario può scacciare gli animali altrui dal proprio fondo (fr. 39 pr. § 1 D. 9, 2), può scacciare chi vi si è introdotto *vi clam aut precario* (Paul., 5, 6, 7), può distruggere l'acquedotto, che altri senza avere la servitù corrispondente abbia costrutto sul fondo suo (fr. 29, § 1 D. 9, 2), può ritogliere la cosa sua di mano a chi la detiene senza diritto (3).

---

(1) Fr. 156 D. 50, 17. Per gli altri diritti privati ciò non può affermarsi in modo così generale.

(2) V. il mio *Dir. pen rom.* (Höpli, 1898), p. 192 seg.

(3) Fr. 60 D. 47, 2; fr. 2, § 18 D. 47, 8 (interpol. in fine, v. Ferrini, l. c., p. 164).

Varii di questi punti son stati modificati nel diritto nuovo: circa al diritto di *deicere* il possessore vedi più avanti; circa all'ultimo punto è da avvertire che una costituzione di Valentiano (a. 389) c. 2 C. Th. 4, 22 = c. 7 C. 8, 4 commina al domino, che colla forza ritoglie al terzo la cosa propria, la perdita della proprietà stessa.

Il creditore poteva anche *per vim* ritogliere e richiamare a sè le cose pignorate; con ciò egli non faceva che *incumbere pignori suo* (fr. 56 (55) D. 47, 2; Paul., 5, 26, 4). Più tardi anche ciò fu vietato: Diocleziano e Massimiano dicono (c. 3 C. 9, 33) non essere dubbio che il creditore in tal caso commetta rapina (1).

La *lex Iulia de vi privata* contemplava anche il caso di chi portasse via « per iniuriam quid ex bonis alienis » (fr. 3, § 2 D. 48, 7). Nell'ambito di questa legge si aggira il celebre rescritto di Marco Aurelio, che contempla il caso del creditore che si prende *per vim* la cosa dovuta o che, non avendo diritto di pegno, si prende *per vim* qualche oggetto del debitore per garanzia del proprio credito (2). Pel diritto privato ciò importa segnatamente la perdita del credito: fr. 8 D. 48, 7.

Non è vietato in diritto classico ricorrere a minaccie e simili mezzi violenti per ottenere il paga-

---

(1) Di qui l'interpolazione nel fr. 2, § 18 D. 47, 8.

(2) Paul., *l. c.*: fr. 7 D. 48, 7. Non si deve (pel diritto classico) estendere la norma al caso in cui il creditore (p. es. il deponente) ha la proprietà dell'oggetto che si toglie *per vim*. Io ho altrove addotto il fr. 47 pr. D. 47, 2, per cui il derubato, che *per vim* ritoglie al ladro la cosa propria, non perde il credito al *duplum* (l. c., p. 167).

mento. Giuliano esclude in tale ipotesi l'*actio quod metus causa*, perchè il *metus* è giusto (1): ancora Diocleziano e Massimiano si accontentano che il creditore non ricorra all'uopo alla *vis armata* (c. 9, C. 4, 10). Nel diritto giustinianeo si fece rientrare anche questo caso nel *crimen vis* colla conseguenza civilistica della perdita del *credito*: come si comprova dalle interpolazioni (2).

185. Vi sono poi casi intermedii e cioè:

a) casi in cui si ricorre veramente ad un rimedio giuridico, ma questo è preceduto da un atto del privato (*operis novi nuntiatio: interdictum quod vi aut clam*, di cui diremo in luogo opportuno);

b) casi, in cui l'atto difensivo del diritto presenta il duplice carattere di difesa privata e di rimedio giuridico; vedi sopratutto la *retentio*. Chi ha nelle mani la cosa di un altro, che gli sia debitore per talune cause speciali, può trattenere la cosa stessa finchè gli venga soddisfatto il proprio credito. Processualmente questa *retentio* si riveste della forma di una *exceptio doli*, considerandosi non conforme ad onestà il contegno di chi richiede la cosa senza adempire per conto suo agli impegni. Occorre che la cosa non sia pervenuta in modo vizioso al ritenente ed occorre di regola che il credito di questo abbia una stretta connessione colla cosa stessa; si tratti per es. di spese fatte intorno alla cosa (dal possessore di buona fede, dal creditore

---

(1) Fr. 12, § 2 D. 4, 2. La fine è interpolata: Ferrini, l. c., p. 167.

(2) Da cui non è totalmente scevro il fr. 13 D. 4, 2

pignoratizio, ecc.) (1) o di danni recati dalla cosa (2). Non occorre invece che il credito sia munito di piena tutela giuridica, e cioè esperibile mediante azione. Anche una pretesa imperfettamente riconosciuta, come quella di cui si parla nei passi della nota 2.ª, basta all'uopo (3).

186. Prima di parlare della vera e propria difesa giuridica, sarà opportuno passare in rassegna una serie di rimedii atti ad assicurare meglio l'esercizio ed eventualmente la futura difesa dei nostri diritti. Tali rimedii (4) sono:

1.º L'*inventario* che si deve fare ad es. dall'usufruttuario che assume l'esercizio dell'usufrutto, dal tutore che assume quello della tutela, dall'erede che vuole limitata la sua responsabilità alle *vires hereditatis*, ecc. Lo scopo è nei primi casi di

---

(1) Anche il caso del fr. 2 pr. D. 14, 2 rientra in questa categoria, considerandosi che le merci sono state salvate col sacrificio di quelle altrui e che il capitano deve compensare questo danno.

(2) Fr. 7, § 2: 9, § 3 D. 39, 2: fr. 8 D. 47, 9. Il creditore pignoratizio soddisfatto pel relativo credito può *retinere* il pegno a garanzia di altri crediti chirografarii che abbia verso il medesimo debitore: c. 1 C. 8, 27. In tal caso il credito non ha relazione colla cosa ritenuta: si tratta piuttosto di una esplicazione ulteriore della funzione di garanzia che ha il pegno costituito.

(3) L'azione è esperibile negli esempi dei fr. 14, § 1 D. 10, 3: fr. 8 pr. D. 13, 7, ecc. Analogo al diritto di ritenzione è quello che sta a base della *exceptio non adimpleti contractus,* per cui nei contratti bilaterali una parte può trattenere la propria prestazione, finchè l'altra si accinga a prestare.

(4) Cfr. per l'enumerazione Scialoja, *Lezioni*, 1893-94, pag. 82 seg.

determinare l'entità e la qualità degli oggetti, di cui dovrà farsi a suo tempo la restituzione o darsi il rendiconto; nell'altro di determinare l'ambito del patrimonio che deve servire al pagamento dei debiti ereditarii e dei legati.

2.º Le *cautiones*. *Cautio* da *carere* significa appunto *mezzo di assicurare*. Questo mezzo può essere vario e indirizzato a scopi diversi. Di regola quando si parla di *cautio* senz'altro s'intende significare una stipulazione, con cui si crea o rinforza un obbligo determinato. L'usufruttuario ad es. promette la restituzione in buono stato delle cose ricevute in usufrutto « boni viri arbitratu se usurum fruiturum », e con ciò assume un obbligo più ampio di quello che altrimenti si potrebbe far valere per azione (1). Dove tali cauzioni possono essere imposte, è chiaro che nella sostanza si ha un diritto munito di azione. Spesse volte l'uso delle cauzioni segna uno stadio intermedio, per cui passarono talune pretese che arrivarono a costituire obbligazioni in senso tecnico (per es. quella diretta a ottenere la restituzione della dote).

Di regola le cauzioni sono lasciate alla libera disposizione delle parti; le altre possono venire imposte dal magistrato (pretore, edile) (2) o dal giudice (3). Si esige spesso che l'obbligazione contratta

---

(1) Ad es. di rispondere delle perdite da lui cagionate per *culpa in omittendo*.

(2) L'editto contiene i casi e le forme di questa imposizione. Tali cauzioni si dicono *praetoriae* (§ 2 I. 3, 18).

(3) *Stipulationes iudiciales* (§ 1 I., l. c.). In questo testo si dicono *communes* le stipulazioni, che possono essere imposte tanto dal pretore, quanto dal giudice (§ 4). Invece nel fr. 1 D. 46, 5 si dà un altro concetto. Le

mercè la *cautio* sia assicurata mediante fideiussori (1) o almeno mediante garanzie reali (*cautio pignoraticia*) (2) : in taluni casi basta il vincolo morale del giuramento, che si aggiunge alla personale obbligazione od anche si ritiene sufficiente quest'ultima (3).

3.° La *missio in possessionem.* — Vario è lo scopo e varii anche gli effetti delle *missiones in possessionem.* Vi sono *missiones* in un intero complesso patrimoniale (e sono le più frequenti), ve ne sono *in rem singulam ;* vi sono missioni che importano la mera custodia, altre che importano anche qualche fruizione e altre che conferiscono il possesso e in seguito perfino la proprietà pretoria. Il legatario ad es. può ottenere la *missio in possessionem* nei beni ereditarii a garanzia del suo legato : ma egli non ha che la custodia per impedire che i beni vengano diminuiti a suo danno (nel fatto poi si mira anche ad « extorquere cautionem taedio continuae custodiae »). Nei casi di « missio in possessionem ventris nomine » o « ex carboniano edicto » si prelevano anche gli alimenti a favore del *missus ;* anzi nel primo non è escluso un diritto di amministrazione. Nel caso di *missio in p. damni infecti causa* il pretore conferisce col primo decreto il possesso, col secondo l'*in bonis habere,* ossia nel diritto giusti-

---

stipulazioni pretorie si distinguono secondo che servono ad assicurare il giudizio (*iudiciales*, § 1) o a fondare una nuova azione (*cautionales*, § 2) o ad entrambi gli scopi (*communes*, § 3).

(1) È la regola per le stipulazioni pretorie: fr. 7, D. 46, 5.

(2) Fr. 4 § 8 D. 40, 5: fr. 1, § 9 D. 37, 6.

(3) Ad es. *rubr.*, Dig. 2. 9.

nianeo senz'altro la proprietà. Tutte poi le *missiones* attribuiscono un pegno pretorio.

4.° Il *sequestro*. — Si ha il *sequestro* quando a titolo di sicurezza la cosa, che non sarebbe opportunamente lasciata ad una delle parti interessate in qualche contesa concernente la cosa medesima, viene affidata ad un terzo (sequestratario), che si obbliga a custodirla ed a restituirla in date eventualità. Ad es. due si provocano a scommessa mediante stipulazione: la posta è di un anello: ciascuno deposita il proprio anello presso un terzo, che li custodirà e restituirà entrambi al vincitore della *sponsio*. Di regola tale sequestro si usa, quando circa la cosa verte una lite. Il sequestro è di solito volontario; una specie di sequestro necessario della dote messa in pericolo dalla cattiva gestione del marito è riconosciuta nel diritto nuovo (fr. 22, § 8 D. 24, 3 interpol.) (1). Anche il sequestro ordinato in corso di causa dal giudice appartiene al diritto nuovo (2).

187. L'azione è «ius persequendi in iudicio quod sibi debetur» (fr. 51 D. 44,7: cf. pr. I. 4,6), Questa definizione veramente considera l'azione specialmente

---

(1) Affine all'istituto del sequestro necessario è la specie considerata nel fr. 3, § 6 D. 43, 30: « In hoc interdicto (de liberis ducendis), donec res iudicatur, feminam praetextatum eumque qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matremfamilias DEPONI *praetor iubet* ».

(2) Valente, Graziano e Val.: c. 5 C. 7, 65. Dubbio o ad ogni modo relativo ad un caso singolo e speciale è il precedente ricordato nel fr. 21 D. 49, 1 (dove poi è ribadita la regola contraria). Interpolato è il fr. 7, § 2 D. 2, 8 Lenel, *Pal.*, II, 492: Gradenwitz, *Int.*, p. 66).

in rapporto colla obbligazione, mentre più ampio è il concetto generale dell'azione, che tende anche a far riconoscere e dichiarare quello che è nostro o che direttamente ci spetta, e a rimuovere attacchi contro il diritto nostro. Ma non è senza motivo che 'azione si trova messa in speciale rapporto colla obbligazione; infatti l'obbligazione fonda per se medesima una *pretesa*, che ha nel processo la sua esplicazione: il processo tende ad attuare il diritto: mentre ad es. nei diritti reali la pretesa non sorge che in base ad una lesione o negazione di essi ed il processo non è tanto la loro normale esplicazione, il loro momento dinamico, quanto piuttosto un mezzo di riparazione. L'*azione* rappresenta la massima energia della tutela giuridica, sicchè non pare che sia pienamente *diritto* quell'interesse che non è tutelato da azione. Lo stesso sviluppo storico del diritto romano, di cui è grande coefficiente il diritto pretorio, condusse la giurisprudenza romana a fissarsi piuttosto sul concetto di *azione*, che non su quello di *diritto*.

188. Attore è colui che intenta l'azione, *reus* è colui, contro il quale è intentata. *Contestatio litis* era nella procedura formulare l'ultimo atto del processo *in iure*, nel quale le parti si accordavano circa la formola (più anticamente ancora significava la chiamata de testimonii per la solennità dell'ultimo atto): nel processo straordinario si ha la *c. l.* quando le parti hanno determinato i limiti della controversia, ossia alla chiusura del primo termine (c. 1 C. 3,9: c. 2 pr. C. 2 58 (59). Nel diritto classico la contestazione di lite operava consunzione processuale e la così detta *novatio* necessaria, per cui all'antico diritto si sostituiva una obbligazione processuale tendente al pagamento di una somma pe-

cuniaria. Nel diritto nuovo di tali effetti rimangono ancora traccie cospicue; il punto principale è questo, che la *litis contestatio* mira ad escludere quelle differenze e quegli svantaggi che la durata del processo per sè medesima produrrebbe (1). L'attore, che vince, in forza della sentenze deve avere tutto quello che avrebbe avuto se questa fosse stata pronunciata al tempo della contestazione di lite. Donde deriva:

a) S'interrompe la prescrizione dell'azione.

b) L'azione stessa, se anche di sua natura non trasmissibile, si trasmette agli eredi o contro gli eredi.

c) La natura e la misura delle prestazioni si regolano con riferimento a quel punto.

È questo che determina il carattere di *res litigiosa*, il grado di arricchimento di un pupillo, la solvenza nel *beneficium divisionis*, il *dominium litis*, e così via (2).

189. Colui che è convenuto con un'azione ha facoltà di difendersi. La difesa può esplicarsi nella negazione del diritto dell'attore; negando cioè che tal diritto sia nato o che sia tuttora esistente; può invece esplicarsi nell'addurre e dimostrare dei fatti, che, mentre non tolgono la verità delle affermazioni

---

(1) Cfr. Keller, *Pand*, I², § 94. Cfr. però Dernburg nella *Heid. krit. Ztschr.*, I, 261 seg. Nel diritto nuovo è accolta l'opinione sabiniana che l'adempimento da parte del convenuto dopo la *litis contestatio* conduca *in ogni processo* all'assoluzione (G. 4, 114: § 2 I. 4 12).

(2) Sul rapporto fra *intentio* e *condemnatio* v. i trattatisti della procedura romana: per le questioni più importanti cfr. Savigny, *Syst.*, VI, 68 seg.

avversarie, ne eliminano l'efficacia (1). Queste ultime forme di difesa si chiamano *exceptiones* e nella procedura formulare dovevano essere introdotte nella *formula* perchè il giudice ne potesse tenere calcolo (2) a meno che si considerassero incluse nella latitudine della clausola *ex fide bona* de' *iudicia bonae fidei*. Nel diritto giustinianeo, caduta la separazione fra il processo *in iure* ed *in iudicio* e l'istituto della *formula*, l'*exceptio* si avvicina grandemente alle altre difese; però rimane sempre una differenza sostanziale fra il contenuto dell'una e quello delle altre, come già abbiamo avuto occasione di avvertire.

190. Varie sono le classificazioni delle eccezioni noi ci limitiamo a notare:

a) *Exceptiones peremptoriae* e *dilatoriae*, secondo che eliminano assolutamente pretesa dell'attore ovvero la eliminano solo in quanto proposta in un certo tempo o in certo modo. Se però queste ultime venivano inserite nella formula, conducevano all'assoluzione del convenuto ed al rigetto della domanda. Nel diritto giustinianeo tale rigore non ha più luogo e l'attore, che non ha osservato nel proporre la sua domanda il tempo o il modo debito, è rigettato solo provvisoriamente e, pure incontrando no-

---

(1) È ricca la letteratura sulla genesi e la natura della eccezione. Citeremo ad es. Lenel, *Ursprung u. Wirkung der exceptio*; Koschembahr-Lyskowski, *Theorie der exc.*, I, 1; Carusi, *Sul concetto di exceptionis defensio (Documenti di storia e diritto*, XVII: 1896). La dottrina accolta nel testo è sostanzialmente quella di Savigny (*System*, V, § 226 seg.).

(2) V. però in quanto all'*exceptio senatusconsulti vellaeani*, che poteva affacciarsi anche in corso di esecuzione, il fr. 7, § 1 D. 44, 1.

tevoli sagrificii, può riproporla nel tempo o nel modo conveniente (§ 10 I. 4,13).

b) *Exceptiones in rem* e *in personam*, secondo che possono essere invocate contro chiunque (1) o solo contro determinati attori (2): *rei* o *personae cohaerentes*, secondo che possono essere invocate solo dai loro diretti beneficiarii (3) ovvero anche da altri interessati (4).

c) Nelle fonti giustinianee si parla di eccezioni che esimono affatto il convenuto dalla condanna ed eccezioni che *minuunt damnationem* (5). È accertato però che l'effetto diminutorio non è conforme al sistema del diritto classico (6): l'eccezione è — qualunque sia il suo contenuto — sempre una *condizione negativa* della condanna entro la formula, epperò la sussistenza dell'*exceptio* induce necessariamente l'assoluzione. Tale ragione formale non esiste

---

(1) *Exceptio metus*: v. sopra.

(2) *Exceptio doli:* fr. 4, § 27 D. 44, 4.

(3) *Exceptio pacti de non petendo (in personam)*, § 1 I. 4, 14.

(4) « Exceptio legis Cinciae, S. C. Vellaeani, exceptio pacti de non petendo (in rem) ».

(5) Fr. 22 pr. D. 44, 1; fr. 17, § 2 D. 16, 1.

(6) Eisele, *Compensation*, p. 67 seg.; Pernice, *Labeo*, II², 1, p. 261 seg.; Appleton, *Compensation*, pag. 333 seg.; Carusi, op. cit., capo III. Praticamente poteva nel diritto classico ottenersi il resultato, in quanto che la minaccia dell'inserzione della *exceptio* nella formula induceva spesso l'attore a ridurre la sua domanda. P. es. se io creditore di 20 ho condonato per *pactum* la metà del mio credito, « efficeretur per exceptionem mihi *opponendam*, ut tantum reliqua decem exigere debeam » (fr. 27, § 5 D. 2, 14). *Exceptio opponenda*, dice il testo, che sforza a domandare meno.

più nel diritto nuovo, per cui non si può negare che l'eccezione possa avere l'effetto di eliminare solo in parte l'efficacia della domanda avversaria; ciò spiega le non poche alterazioni dei testi (1).

191. All'eccezione del convenuto l'attore può opporre una *replicatio* (secondo altra terminologia una *duplicatio*): ossia una obbiezione che, rispettando la verità dell'affermazione inclusa nella *exceptio*, ne tolga il potere paralizzante: alla *replicatio* può il convenuto opporre a sua volta una *duplicatio* (secondo altra terminologia *triplicatio*), a questa l'attore una *triplicatio* (*quadruplicatio*) (2) e così di seguito.

192. Spetta all'attore provare il fondamento della sua domanda, al convenuto quello della rispettiva eccezione, e così via (3). La materia della prova è di regola il *fatto*, poichè il diritto deve essere altrimenti noto al giudice. E ancora basta che uno provi quei fatti donde può nascere il rapporto, ch'egli sostiene; non occorre che egli provi che il rapporto nato si è anche mantenuto (4); non occorre neppure

---

(1) Sulla forma o almeno sulla relazione genuina del fr. 22 cit. si disputa grandemente. Il fr. 17, § 2 D. 16, 1 è contradittorio, poichè se il creditore può appena *petere partem*, ognuno s'attende che non possa *petere totum*; mentre nel seguito si dice che può chiedere il tutto, salvo ad esser parzialmente respinto.

(2) Gai., 4, 126 seg. Es.: *fr. vat.*, 259, 266, 312; fr. 7, § 1, 2 D. 27, 10; fr. 2 § 3 D. 44, 1. La replica è detta anche « exceptionis exceptio »: fr. 22 *ib.* f. fr. 2, § 1.

(3) Fr. 19 pr.; fr. 21 D. 22, 3: c. 8, 20, 23 C. 4, 19.

(4) Non c'è per vero un fatto che dimostri il perdurare di un rapporto e per conseguenza non c'è una prova correlativa: fr. 12 D. cit.; c. 1 C. 4, 19.

che egli provi l'assenza di quelle circostanze speciali che potrebbero escludere o limitare il suo assunto (1). È l'avversario che in simili casi deve provare o queste circostanze o que' fatti che hanno prodotto la cessazione di quel rapporto, di cui fu provata la genesi. Non occorre del resto provare quello che è pacifico tra le parti: ciò anzi deve essere ammesso senz'altra indagine dal giudice (2).

193. I mezzi di prova comuni sono i documenti e i testimonii. Al giuramento può farsi ricorso per avere o completare la prova (3). Ma meno i casi, in cui una parte può *in iure* deferire il giuramento all'altra, che deve o giurare o riferire (v. avanti), nè il giuramento ha valore assoluto (potendo sempre il giudice negarvi fede), nè la parte, a cui è deferito, è tenuta per diritto classico a giurare o a riferirlo (4). Quest'obbligo è una cattiva innovazione di Giustiniano, a cui corrispondono anche alterazioni dei testi.

194. Non è sempre necessario che sia provato o sia pacifico il fatto affermato dalla parte: basta che siano provati o ammessi altri fatti, da cui questo si possa indurre con morale certezza. Nel diritto giustinianeo vi sono anche fatti che la legge ordina di ammettere fino a prova contraria od anche con divieto di prova contraria. Si parla in proposito di *praesumptio* (voce che nei testi genuini dei giuristi

---

(1) c. 5 C. 6, 36; fr. 22 cit.; fr. 22 D. 31, ecc.

(2) Savigny, *Syst.*, VII, § 303 seg.

(3) Dig. 12, 2: C. 5, 53.

(4) Demelius, *Schiedseid u. Beweiseid* (1887); Fadda, *Bull. dell'ist. di. d. r.*, I, 34, sg.

classici non ha altro significato che quello di *opinione*) o di πρόληψις (1).

195. La sentenza definitiva contiene una condanna od una assoluzione; solo nelle questioni pregiudiziali la sentenza ha un contenuto oggettivo, che si limita al riconoscimento o all'esclusione di determinato fatto. Nell'antico diritto vigeva il principio *bis de eadem re ne sit actio*: già la *litis contestatio* consumava ogni pretesa dell'attore, come abbiamo veduto, trasformandola in un rapporto processuale: se quindi chi aveva contestato la lite non poteva più riproporre l'azione (2), tanto meno chi avesse già ottenuto sentenza (3). La *res iudicata* pertanto

---

(1) V. l'ampia dimostrazione di questa tesi nel mio lavoro sulle *Presunzioni in diritto romano* (*Riv. it. per le sc. giur.*, 1892). Sono interpolati il fr. 18, § 1 D. 48, 10 (cfr. Paul., *Sent.* 3, 4, § 15): fr. 23 pr. D. 4, 2; fr. 57 D. 23, 3; fr. 10, (11), § 1 D. 34, 5; fr. 73, § 3 D. 32; fr. 28, § 3 D. 34, 3; fr 2 D. 36, 1; fr. 24, § 8 D. 40, 5; fr. 33, § 2 D. 32; fr. 40, § 7 D. 40, 7; fr. 14, § 8 D. 11, 7; *ru.* D. 22, 3; fr. 24 e 25 pr., *ib.* Sulle c. d. presunzioni di premorienza abbiamo già discorso quanto basta. Per la dottrina dei compilatori giustinianei si vegga quello che scrive Stefano nel commento ai citati fr. 24 e 25.

(2) O perchè si consuma *ipso iure* il credito dell'attore (Gai., 4, 107), o perchè al nuovo esperimento del diritto di questo osta l'*exceptio* di cui alla nota seguente (*ib.* § 106, 107, 121).

(3) *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.* Il *vel* qui ha significato di *almeno:* cfr. Lenel, *Ed. perp.*, p. 404, ove è spiegata l'utilità della duplice menzione nella medesima *exceptio.* Il Lenel ha il merito di avere messo in chiaro l'unicità dell'eccezione, che non solo ha a suo favore ragioni intrinseche, ma e l'esame dei commentarii edittali e il costante linguaggio di Gaio. Non persuadono le osservazioni in contrario di Eisele, *Abhandlungen zum r. Cpr.*, p. 3 segg.

aveva sotto questo riguardo una funzione meramente formale; non si deve esercitare di nuovo un'azione già esercitata (1). Ma questa funzione era impari al bisogno di mettere un limite ai processi e di assicurare la tranquillità dei rapporti; ad es. il convenuto condannato in un giudizio di rivendicazione avrebbe potuto a sua volta rivendicare: siccome egli prima non aveva agito, non aveva neppure consumato verun diritto di azione. Si noti specialmente il caso, in cui, avendo il giudice *pronunziato* il dominio dell'attore, il convenuto avesse spontaneamente restituita la cosa e così fosse stato assoluto.

Fu per tali ragioni che nel diritto classico si elaborò una dottrina più ampia della funzione della *res iudicata*. Rimase l'efficacia estintiva della *litis contestatio* e della sentenza (2); ma accanto ad essa si pose il principio che non deve essere rimesso in questione davanti ad un nuovo giudice un punto

---

(1) Rimangono fondamentali le osservazioni del Keller (*Litiskontest.*, §§ 28-30): cfr. Savigny, *Sist.*, VI, 20. Non accettiamo però la terminologia dell'illustre romanista. Le critiche numerose mosse al Keller, non possono essere discusse in questo sommario, tanto più che la loro intelligenza presuppone la nozione della procedura classica, che non può essere qui esposta. Si cfr. però il Bekker, *Proc. Consumption*, p. 13 seg., 132 seg.; *Aktionen*, I, 349.

(2) La quale — in quanto favorevole all'attore — ha anche una efficacia positiva (non nel senso di Keller), in quanto produce l'*obligatio iudicati* (fr. 8, § 3 D. 46, 2: *velut obligatio*, fr. 3, § 11 D. 15, 1) od *obligatio quae ex causa iudicati descendit* (fr. 4, § 7 D. 42, 1) e l'*actio iudicati*.

già regolarmente deciso fra le parti, prescindendo affatto dai criterii formali di consunzione.

196. In tal senso si dà l'eccezione di *res iudicata* all'attore, secondo cui fu pronunciato nel precedente giudizio di rivendica, contro l'antico convenuto, il quale ora si faccia a sua volta attore (fr. 40, § 2 D. 3, 3): l'attore, il quale abbia vinto in un precedente giudizio di rivendica e torni ad esperire l'azione dopo che la cosa sia tornata in possesso del medesimo convenuto, con una replica elide *l'exceptio rei iudicatae* (formale), essendo in realtà entrato in scena un nuovo elemento che muta la questione (fr. 9 § 1 D. 44, 2). La nuova dottrina si può riassumere colle parole di Giuliano (fr. 3 ib.): « exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur ». Altrove si parla di *eadem res*.

197. Perchè siavi *exceptio r. i.* in questa funzione deve dunque trattarsi di ciò che la medesima questione sia stata già decisa in altro giudizio; non osta quindi a chi avendo perduto in possessorio ritenta la prova in petitorio, nè a chi avendo perduto quale rivendicante torni all'assalto come creditore. L'identità di questione non implica però identità di oggetto della domanda; ad es. chi è stato respinto colla *redhibitoria* si vedrà opposta l'eccezione se agisce coll'*aestimatoria:* non implica neppure identità di causa (donde si faccia derivare il diritto, cui la domanda si riferisce), se non dove la causa determini la stessa natura del diritto. Se io invano ho cercato di provare la proprietà di un fondo asserendo che l'ho comperato dal domino, non potrò rivendicare di nuovo, asserendo invece che mi fu legato (purchè — s'intende — la nuova causa non si ponga *dopo* la sentenza antecedente); in che mi-

sura sia possibile rivendicare *adiecta causa* allo scopo di moderare gli effetti della regiudicata (fr. 11, § 2 D. 44, 2), è oltremodo disputato (1).

198. Occorre poi che la questione sia stata decisa *inter easdem personas*. Ciò va inteso con discrezione: se io oggi rivendico in mia persona da A il fondo x e sono respinto, e domani ancora mi presento a rivendicarlo quale procuratore di B, non vi ha identità di soggetti in senso giuridico e non si fa luogo all'*exceptio*. Viceversa si considera in questo senso *eadem persona* il procuratore rispetto al suo principale, l'erede rispetto al suo autore ed anche il successore particolare, quando la controversia si riferisca al diritto trasmesso (es.: fr. 11, § 9 *h. t.*). La decisione fra eredi testamentarii e legittimi si tien ferma rispetto ai legatarii, ai manomessi nel testamento, ai creditori e debitori ereditarii (2). Per le questioni di *status* leggiamo che « placet eius rei iudicem ius facere » (3), che « res iudicata pro veritate accipitur » (4), che la sentenza *patronum facit* (5). D'altra parte leggiamo che una sentenza « pro ingenuitate dicta ignorante patrono » non pregiudica i diritti di costui (fr. 1 e 5 D. 40, 14) e che neppure la sentenza che proclama libero un tale può impedire ad un altro (o allo stesso, ma *quale erede* di un altro) di rivendicarlo in servitù (fr. 42 D. 40, 12). Si comprende cioè come tali sentenze che

---

(1) Puchta, *Rhein. Mus.*, 2, n. 11 e 3, n. 26; *Pand.*, § 99.

(2) Fr. 50, § 1 D. 30; fr. 6, § 1; 8, § 16; 17, § 1 D. 5, 2; cfr. fr. 15, § 2 *ibid.*; fr. 1 h. t.

(3) Fr. 1, § ult.; fr. 2 e 3 pr. D. 25, 3.

(4) Fr. 25 D. 1, 5.

(5) Arg. a ctr.: fr. 14 D. 37. 14.

concernono l'intera personalità, tutta la vita di un uomo esplichino l'efficacia propria in un maggior numero di rapporti, che non le altre; ma non è da dire che sia assolutamente esclusa qualsiasi impugnativa da parte dei terzi.

La confessoria o la negatoria esperite da o contro un condomino inducono anche per gli altri regiudicata: cfr. fr. 4, § 3-4. fr. 19 D. 8. 5 e fr. 1 § 5, D. 43, 27. Questo si spiega pensando che provato l'estendersi o meno della proprietà del fondo vicino (cfr. più avanti), resta provato che esiste o no un limite per tutte le proprietà concorrenti sul fondo. Nelle azioni popolari legislative, in cui la *condemnatio* era a favore del *populus*, non può negarsi che l'exceptio *rei iudicatae* si potesse opporre non solo allo stesso attore che riprendesse la causa giudicata, ma a chiunque altro: fr. 3 pr. D. 47. 23, ecc. Ma lo stesso non può dirsi per le azioni popolari pretorie, in cui mercè la *contestatio litis* si fonda vero diritto patrimoniale del singolo attore; qui è da ritenere che l'azione promossa da altri si potesse escludere ordinariamente per altra via, ma non per quella della nostra eccezione. Più grave ancora è la questione circa gl'interdetti popolari (1).

199. Per diritto giustinianeo l'efficacia consuntiva della *contestatio litis* è quasi interamente tramontata (v. sovratutto nel trattato sulle obbligazioni) e la formale funzione, che vi si rannoda, della *res iudicata* (che non opera più *ipso iure*) è parimenti dalla maggior parte degli scrittori ritenuta scom-

---

(1) Cfr. Cogliolo, *Eccez. di cosa giud.*. I, 358 seg.; Scialoia, *L'exc. rei iud. nelle azioni popolari* (estr. dall'*Archivio giur.*. 1883); Fadda. *Azione popolare*, I, 114-142.

parsa. Non rimarrebbe, ma questa ampiamente riconosciuta, che la funzione sostanziale (la *positiva* del Keller), di impedire il riesame della stessa questione anteriormente decisa; non potrebbe opporsi la regiudicata all'attore, che volesse far valere quello che la sentenza anteriore non gli ha disconosciuto, come già per diritto classico non poteva la regiudicata ostare all'attore che volesse far valere quanto gli era già stato riconosciuto. Tuttavia non parmi che il diritto giustinianeo arrivasse a questo punto; si veda specialmente il fr. 4 § 3 D. 9, 4 (1) nonchè varii altri passi (2). Di fronte a questi se n'invocano altri, che a ben vedere non parlano che di *replicatio doli* da opporre all'*exceptio rei iudicatae*, evidentemente nel presupposto che la *species* omessa nella sentenza si dovesse a doloso raggiro dell'avversario (3). Qui cade sovratutto l'esempio del tutore, che occulta nel rendiconto varii fatti della sua gestione (p. e. dei pagamenti ricevuti), sui quali pertanto non cade il giudizio di tutela.

200. Alla sentenza non si procede quando il convenuto ammette o riconosce tutto quello che l'attore domanda: *confessus pro iudicato est*: vale a dire la confessio è equiparata alla sentenza e come questa apre l'adito alla esecuzione o ai termini corrispettivi. In origine tale efficacia della *confessio* era

---

(1) Questo passo è tanto più notevole, in quanto che vi si contiene una interpolazione diretta a rimuovere gli effetti della *in litem deductio*.

(2) c. 4 C. 4, 34; c. 1 C. 2, 26 (27); c. 4 C. 3, 1 e c. 3 C. 7, 51.

(3) In qualche caso si può pensare anche ad una *restitutio in integrum* contro la sentenza: p. es. fr. 13 pr. D. 14, 3.

limitata alle obbligazioni, in cui il convenuto poteva confessare un *certum*. Altrimenti la *confessio*, come insufficiente, non fermava il processo e si procedeva alla sentenza. Solo ne' casi di *litiscrescenza* si ammetteva che in base alla confessione la lite procedesse con formula (confessoria) *in simplum*: il giudizio aveva carattere estimatorio. Tale esempio si venne allargando, aiutando lo sviluppo rescritti imperiali; nelle azioni arbitrarie la *confessio* venne giustamente equiparata alla *pronuntiatio iudicis* (fr. 6, § 2 D. 42, 2) e possiamo ritenere che nell'ultimo stadio la *confessio* potesse intervenire sempre in luogo della condanna. La *confessio* deve aver luogo in tribunale, non deve essere viziata, e va fatta *personalmente* dalla parte all'avversario od al suo rappresentante.

201. Al giudizio può anche sostituirsi il giuramento. Le parti possono preferire di decidere in tal maniera la loro controversia; l'una deferisce il giuramento estragiudiziale e l'altra o giura o riferisce. Non vi ha alcun obbligo di ciò fare (fr. 17 pr. D. 12, 2): delazione e relazione sono semplici proposte per cui si esige piena capacità di agire e di regola, quando si tratti di rappresentante, procura speciale (fr. 17. § 3 ib.). Colui, al quale il giuramento è deferito o riferito, acquista il *diritto* di giurare; diritto che egli perde, rinunciando. Alla prestazione del giuramento equivale negli effetti la sua remissione.

Dal giuramento, che si equipara alla sentenza, nasce un'azione ed una eccezione: colla prima (analoga all'*actio iudicati*) si domanda l'adempimento di ciò che fu giurato: colla seconda si respingono gli attacchi, che si oppongono al contenuto del prestato giuramento. Sui particolari cfr. Dig. XII. 2 e Cod. IV. 1.

202. Oltre che per la sentenza (nel diritto antegiustinianeo per la *deductio in litem*) l'azione si estingue per prescrizione. Tale istituto era in origine ignoto al diritto romano; solo per le azioni di mera creazione pretoria (non aventi una *intentio iuris civilis*) la durata era annuale (1). Al più un anno duravano le azioni edilizie; per le azioni civili soltanto in modo eccezionale veniva introdotta qualche limitazione di tempo; cfr. Gai., 3, 121. Sotto l'impero s'introduce contro le azioni reali una *praescriptio longi temporis* (di 10 o 20 anni, secondo che il titolare del diritto risiede o no nella medesima provincia) a favore di colui, che senza avere usucapito (p. es. perchè si tratta di fondi non italici), può vantare giusto titolo e buona fede. Costantino dichiarò che anche questi requisiti potevano essere suppliti da un maggior decorso di tempo (30 o 40 anni: v. libro seguente).

La prima legge generale di prescrizione è quella di Teodosio II (c. 3 C. 7, 39). Ivi si riconfermano tutti i casi di prescrizione antecedentemente riconosciuti e si ordina che le azioni in essi non com-

---

(1) Si disputa se ciò abbia qualche rapporto colla durata annuale della carica, come si attesta in pr. I. 4, 12. Ad ogni modo la ragione storica dovette presto scomparire, poichè non occorre veruna coincidenza fra l'anno della magistratura e l'anno, in cui resta esperibile l'azione. Il criterio dato nel testo non è assoluto (cfr. Gai., 4, 111 e Paul., fr. 35 pr. D. 44, 7): circa la diversa efficacia del *decursus temporis* v. anche Lenel, *Ed. perp.*, p. 52, n. 5 e p. 403 Si avverta poi che varie azioni pretorie annuali muoiono allo spirare del termine, ma sono sostituite da un'azione *in factum* con più ristretto obbietto di persecuzione.

preso debbansi prescrivere in 30 anni, fatta eccezione per l'*actio finium regundorum* e l'ipotecaria. Anastasio (c. 4 *ib.*) ordinò per le azioni ancora eccettuate una prescrizione di 40 anni. Con Giustiniano (c. 1 § 1 C. 7, 40) l'unica eccezione resta quella dell'azione ipotecaria (e di qualche speciale ipotesi di rivendicazione). Per cui nel diritto nuovo *azione perpetua* è quella, che non si prescrive in un termine più breve di 30 anni.

Questa dottrina presenta numerose difficoltà: anzitutto per quanto concerne la determinazione dell'inizio della prescrizione. È chiaro, che non può prescriversi una azione, se non è nata: non è sempre facile lo statuire se essa sia nata o non ancora (1).

L'azione personale è nata quando è nata ed esigibile l'obbligazione; l'azione reale quando è avvenuta quella offesa (in senso oggettivo) o negazione del diritto stesso, cui l'azione è destinata a rimuovere. Quindi la prescrizione decorre dall'inizio del possesso (quasi-possesso) del terzo; non dalla perdita del possesso da parte del titolare (2). L'azione personale si comincia a prescrivere, quando si comincia a poter chiedere; quindi le azioni *ex delicto* subito dopo che il danno è prodotto e le azioni derivanti da negozio giuridico o *ex re* di regola subito dopo che il negozio è esaurito o il fatto si è verificato. Però le azioni venienti da atto giuridico (p. es. contratto o testamento) possono essere ritardate nel loro nascimento da condizione o termine. Ciò si

---

(1) Savigny, *Syst.*, V, § 239-241; Vangerow, *Pand.*, I, § 147; Dernburg, *Pand.*, I, § 146.

(2) Non così dove il diritto stesso si esaurisce per mancanza d'esercizio (*non utendo*).

applica anche alle azioni scaturienti da contratti bilaterali, o se nel fr. 13 § 8 D. 19, 1 si dice che qualora una parte non ha adempiuto *nondum est actio*, la frase si riferisce alla pratica efficacia dell'azione (cui osta l'*exceptio non adimpleti contractus*), non alla nativitá dell'azione stessa. Nel caso di mutuo senza determinazione di tempo, l'azione nasce colla stessa perfezione del contratto, poichè il creditore potrebbe chiedere anche subito; se la restituzione fu pattuita dietro denuncia, l'azione nasce con questa (salvo che siasi pattuito un certo tempo a decorrere dal preavviso). Nel caso di commodato l'azione nasce quando è finito l'uso, per cui la cosa fu commodata.

Nel caso di prestazioni periodiche occorre avvertire:

a) che la prescrizione dell'azione per l'obbligazione principale (se c'è) trae con sè l'estinzione di ogni azione per le medesime;

b) che — fuori di tale ipotesi (p. es. non c'è una obbligazione principale, come sarebbe in un legato di somma annua, o se c'è, non è prescritta) — l'azione per la loro persecuzione si prescrive calcolandosi il tempo dal giorno in cui divennero esigibili;

c) che il non pagamento delle prestazioni periodiche congiunte ad una obbligazione principale (mutuo, locazione, ecc.) fonda la prescrizione dell'obbligazione principale medesima, in quanto non sia impedita da ragioni particolari (1).

203. La prescrizione si interrompe coll' attua-

(1) Trattamento speciale della locazione de' fondi rustici: fr. 54, § 1; 56 D. 19, 2: c. 3 C. 4, 65. Trattamento dell'enfiteusi: c. 2 C. 4, 66; c. 7, § 6 C. 7, 39.

zione del diritto che sta a fondamento dell'azione o col riconoscimento qualificato di questo: p. es. col pagare gli interessi del mutuo, col rilasciare un nuovo documento di debito, col pagamento di un acconto, colla costituzione di garanzia (1). Inoltre la prescrizione s'interrompe colla contestazione di lite. Nel diritto giustinianeo se l'azione viene lasciata in possesso può sempre venire ripresa, purchè non siano passati 40 anni dall'ultimo atto di procedura (2).

Il tempo necessario a prescrivere non decorre (3) contro gli impuberi (c. 3 § 1*a* C. 7, 39) (4); contro i *filiifamilias* per quanto concerne gli avventizii (v. ultimo libro; c. 1 § 2 C. 7, 40); contro quelli impediti di agire per disposizione di norma giuridica (5).

204. La prescrizione dell'azione reale (in quanto non concorra usucapione) non importa estinzione del diritto corrispondente; ma la prescrizione dell'azione personale implica estinzione della stessa obbligazione. Non mancano però valorosi scrittori affermanti la sopravvivenza di una *naturalis obligatio* (6)

---

(1) c. 7, § 5 cit.; c. 8, § 4 ib.; c. 19 C. 4, 21: fr. 18, § 1 D. 13, 5.

(2) c. 9 § 1, C. 7, 39: pel diritto anteriore fr. 139 pr. D. 50, 17: c. 1 § 5 C. Th. 4, 14.

(3) Qui si astrae dai casi, in cui si computa il tempo utile.

(4) Nelle prescrizioni più brevi di 30 anni non decorre neppure contro gli altri minorenni (c. 5 § 1, C. 2, 40 (41).

(5) Fr. 7, § 10, 11 D. 41, 1: c. 22. § 11 C. 6, 30.

(6) Il precipuo argomento è che — come già si è visto — l'azione ipotecaria non si prescrive che in quarant'anni e sopravvive quindi alla prescrizione dell'azione personale: c. 7 C. 7, 39; c. 2 C. 8, 30 (31). V. su ciò Windscheid, l. c., n. 5 e quanto diremo parlando del pegno.

(Savigny, *Oblig.*, I, 96 sgg. Puchta, *Pand.*, § 92. Keller, *Pand.*, § 88) o almeno una *exceptio* (Dernburg, *Pand.*, I, § 156; cfr. in contrario Vangerow, *Pand.*, I, § 151, Windscheid, *Pand.*, I, § 112).

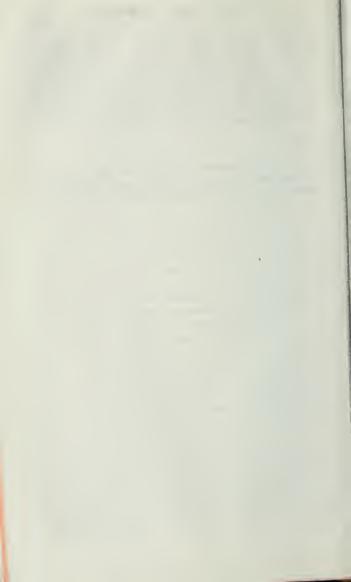
205. Per il diritto giustinianeo si può indicare come causa di estinzione di un'azione anche l'effettivo concorso di altre tendenti al medesimo oggetto: nel diritto classico questa non era che una applicazione della consunzione processuale. Cfr. in Alibrandi, *Sul concorso delle azioni* (1870 e ora nel vol. I delle *Opere*), Eisele nell'*Archiv f. die civ. Pr.*, 1892 e Ferrini, *Diritto pen. rom.* (Hoepli, 1898), p. 231 e segg.

Il danno recato ad es. alla cosa mia da un commodatario con *culpa in faciendo* può considerarsi tanto come inosservanza del contratto perseguibile coll' *actio ex commodato*, quanto come una lesione della mia proprietà perseguibile coll'*actio ex lege Aquilia* (che in questa dottrina è giustamente posta fra le repersecutorie). Entrambe le azioni perseguono *eandem rem* e però nel diritto classiso la contestazione di lite in una di esse consuma anche l'altra. Non così se taluno mi sottrae una cosa mia: qui vi ha negazione della mia proprietà (rimedii: *rei vindicatio, condictio*) e offesa a me (rimedii: *actio furti*). Con un rimedio io provvedo alla riparazione del danno patrimoniale, coll'altro alla pena ed alla repressione del maleficio: l'uno non esclude l'altro in nessun modo. Non è *eadem res*.

206. Nel diritto giustinianeo questa efficacia consuntiva della *litis contestatio* non è del tutto venuta meno (Eisele, l. c., p. 327-405: Dernburg, *Pand.*, 1, § 145), sebbene sia suscettibile di una diversa spiegazione. La deviazione più notevole in confronto del diritto classico sta in ciò, che ove i varii rime-

dii abbiano ad oggetto la *eadem res,* ma con diverso resultato quantitativo (p. es. la stima del danno fatta coi criterii speciali della *lex aquilia* può spesso superare quella fatta coi criterii delle azioni contrattuali) e sia stata esperita anzitutto l'azione conducente a minore risultato, rimane per la differenza esperibile l'altra azione più rimunerativa (1).

---

(1) Cfr. le interpolazioni in fr. 34 pr. e § 1 D. 44, 7; fr. 47 pr. D. 17, 2; fr. 7, § 1 D. 13, 6, ecc. Insufficiente e arretrata è la recentissima esposizione del Mommsen, *röm. Strafr.* p. 889.

LIBRO II.

TEORIA DELLA PROPRIETÀ
E DELLE SUE LIMITAZIONI

CAPO I.

Le cose.

207. La parola *res* è adoperata nelle fonti in significati diversi: ora indica enti corporali (fr. 7, § 4 D. 15, 1, *res* in opposizioue a *nomina debitorum*), ora significa anche diritti (v. sopra *res incorporales*); qualche volta indica *il fatto* in confronto alle semplici parole (come nelle antitesi *re* et *verbis* - delle obbligazioni *ex delicto* si dice « omnes ex re nascuntur, idest ex ipso maleficio »: pr. *Inst.* 4, 1; cfr. c. 1 C. 7, 16 « *rem illicitam* — admisisse confiteris ». Nel senso di *causa*, *res* è pure frequentemente usato; p. es. nella frase *rem perdere:* Gai., 4, 11. Un significato affatto speciale ha *res* in quanto indica l'oggetto della proprietà e la proprietà stessa « rei vindicatio, ius in re [aliena] », ecc.).

208. In maniera non del tutto dissimile anche la nostra voce *cosa* è suscettibile di accezioni diverse. Ma in senso tecnico si conviene ormai di indicare con tale parola ogni ente della natura esteriore,

che può essere oggetto di proprietà (1), e così non ci si allontana sostanzialmente dallo specifico significato di *res*.

Non è dunque *cosa* in senso tecnico un ente della natura, su cui non è possibile signoria umana, ad es. gli astri. Non è cosa l'uomo, giacchè il riconoscimento della proprietà e quindi la determinazione del concetto di *cosa* dipende da ciò, che si vuol dare all'uomo il modo di esplicare la propria personalità. Però ancora nel diritto giustinianeo vi sono uomini a cui non è riconosciuta l'autonomia personale, e cioè i *servi*: questi sono veramente *cose* e si applica loro la dottrina delle cose; solo qua o là si riscontra qualche eccezione dipendente da ciò, che non è possibile astrarre completamente dalla natura umana (cfr. sopra) (2).

209. Invece non cessa di essere cosa quell'ente che per qualche speciale motivo è sottratto dal diritto stesso alla disponibilità degli uomini. Poichè la cosa *per natura sua* rimane pur sempre atta ad essere oggetto di proprietà e lo può essere non appena che quegli impedimenti vengano rimossi. Tale cosa è *extra patrimonium* (Gai., 2, 1) nel senso, che non può entrare ora nella sfera della disponibilità umana.

---

(1) Veramente tutti i moderni parlano di « oggetto di diritto ». Ma la *cosa*, come poi essi la intendono, non è oggetto che di proprietà (o di altri diritti reali, che — come vedremo — ripetono dalla proprietà la loro essenza e la loro funzione).

(2) L'interpolazione in fr. 28, § 1 D. 22, 1: « absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit » non risponde dunque neppure allo spirito del diritto giustinianeo.

210. Una prima categoria di tali cose *extra patrimonium* (1) è costituita dalle *res divini iuris*, ossia da quelle cose, da cui recede la signoria umana per rispetto alla signoria divina.

Tali cose si dividono in *sacrae, religiosae* e *sanctae*. Le ultime sono *quodammodo divini iuris* (2), poichè non hanno alcuna attinenza col culto: gli esempii precipui sono le mura e le porte delle città poste sotto una speciale tutela degli dei nazionali ed erette con riti speciali. Nel diritto nuovo la *santità* di tali cose è di ardua e artificiosa spiegazione (3).

211. Le *res sacrae* son quelle debitamente consacrate pel servizio divino, siano immobili (*templi, lucus*), siano *mobili* (arredi pel culto). Non sono dunque tali i beni, che servono col loro provento alla manutenzione del culto, ma che non sono immediatamente consacrati al culto stesso: tali beni hanno un proprietario (lo Stato, il *municipium*, i collegi sacerdotali, ecc. nell'età pagana: la Chiesa, ossia la comunità religiosa, nell'età cristiana) e non sono *extra patrimonium*, sebbene la loro commerciabilità sia in vista dello scopo limitata in più modi. La cosa diventa *sacra* mercè una speciale cerimonia religiosa (*dedicatio, consecratio*). Per la consacrazione degli immobili (almeno di quelli *iuris italici*) (4) occorreva l'assenso dello Stato in forma le-

(1) Io penso che Gaio con tale frase voglia indicare le cose, su cui per ragione giuridica non è ammissibile la proprietà umana, anzichè le cose che di fatto non si trovano sottoposte all'umana signoria.

(2) Gai., 2, 8.

(3) § 10 I. 2, 1 e l'indice greco *ad h. l.*

(4) Cfr. Gai., 2, 7.

gislativa (legge e indi anche senatoconsulto) (1); ciò non ha più luogo nel diritto nuovo (2). Nel rito pagano la dedicazione è una vera cessione della cosa al nume (3). Per ciò appunto colui che consacra può dettare qualche legge alla cosa consacrata, come colui, il quale aliena la cosa (4): p. es. che sia lecito per riparazioni adoperare strumenti di ferro, che le cose mobili che si importeranno in futuro pel servizio del culto nel tempio abbiano per questo solo a diventare *sacre*, che viceversa se qualche oggetto superfluo si venderà in futuro abbia per ciò stesso ad essere sconsacrato (profano) (5).

La qualità di *sacra* aderisce alla cosa ed alle sue parti; rimane sacra l'area anche dopo la rovina dell'edifizio consacrato (6). Inoltre la cosa può ritor-

---

(1) Cic., *De domo sua ad pont.*, c. 49, § 127: «legem..quae vetet iniussu plebis aedes terram aram consecrari»; Gai., 2, 5: « lege de ea re lata aut senatusconsulto facto ».

(2) Si parla anche nelle fonti giustinianee di *consecratio publica: Inst.*, § 8 *h. t.*; fr. 6, § 3 e fr. 9 pr. D. 1, 8; ma non credo che nel diritto nuovo tale dizione mantenga l'originario significato: essa sta piuttosto ad indicare la solenne cerimonia episcopale in confronto dei meri riti di devozione privata: « privatim... pro sacro constituere ».

(3) *Corp. inscr. lat.*, III, 1, n. 1933: « hanc tibi aram, Iupiter optime maxime, *do* dico dedicoque »; cfr. *ib.*, n. 3625 (p. 457): « aram donavit = — Iunoni reg(inae) — — quae ara consecrata est, etc. ». Onde la definizione di Trebazio (in Macrob., *Sat.*, 3, 3, 2) « sacrum est... quicquid est quod deorum habetur ».

(4) V. gli esempi di *leges dedicationis* in Bruns, *Fontes*[6], p. 260 seg.

(5) *Lex furfensis*, ibid., p. 261.

(6) *Vat. fr.*, 5; fr. 73 D. 18, 1.

nare all'uso comune (« ex sacro in hominum usum proprietatemque »: Trebazio appo Macrob. 3, 3, 4) mediante un'apposita cerimonia (*profanatio*). La sconsacrazione deve sottintendersi pe' vasi sacri, cui Giustiniano permette di alienare *ob redemptionem captivorum* (1).

212. Le *res religiosae* sono quelle *relictae diis manibus*, secondo il diritto pagano: ossia le sepolture (2) e gli oggetti destinati alla conservazione e all'ornamento del cadavere (3); nel diritto nuovo il carattere di religiosità permane, sebbene sia tramontata la credenza mitologica (4). La religiosità

(1) c. 21 § 2 C. 1, 2. La costituzione presuppone la *sconsacrazione* anche delle cose indebitamente alienate, poichè parla di rivendica, mentre non si possono *rivendicare* le *res sacrae:* fr. 23, § 1 D. 6, 1 e c. 4 pr. C. 3, 44 (per le *res religiosae*). Sulla rubr. Cod. 7, 38 v. ora Fadda, *Res religiosae* (Napoli, 1899), p. 14.

(2) A torto i moderni sogliono limitare a queste la categoria delle *res religiosae*. Che queste potessero essere anche cose mobili, appare da fr. 43 D. 6, 1: « lapides [del sepolcro] licet remoti religiosi manet », come è da ritenere (cfr. *supra*) che rimangano sacre le pietre staccate da un tempio o da un'ara. Inoltre il *thesaurus* consepolto al cadavere non diventa religioso pel semplice motivo che è vietato di deporre oro e argento nelle tombe; donde si evince *a contrario* che le cose, cui è lecito deporvi, diventino religiose: cfr. Ferrini, *Arch. giurid.*, 30, 450.

(3) Gaio dice religiose le « res quae diis manibus relictae sunt » (2, 4). *Corp. inscr. lat.*, V, 1, n. 2915: « hunc locum monimentumque diis manibus do legoque ».

(4) L'opinione che un luogo possa essere allo stesso tempo sacro e religioso, come sostiene in base a Festo, p. 289 M. il Rudorff, *Grom. Instit.*, II, p 461, non è fondata, v. Fadda, *Res rel.*, p. 81 seg.

deriva dal fatto della illazione del cadavere in sede definitiva compiuta dal proprietario del luogo o da altri col suo assenso. Le *res religiosae* sono come le sacre *nullius in bonis;* non ponno essere rivendicate (cfr. sopra), non ponno essere vendute (c. 2 c. 9 C. 3.44), non ponno essere legate (c. 14 C. 6, 37), non usucapite (§ 1 I. 2, 6). Prima della *mortui illatio* abbiamo il *locus purus*, o anche il puro *monumentum*, che è *in patrimonio*, cioè oggetto di proprietà e di commercio. Anche il fatto che un monumento vuoto (κενοτάφιον) è dedicato alla memoria di un estinto non basta a conferire carattere di religiosità (1): questo pende dalla *illatio* e cessa colla *exhumatio*, almeno se conforme a diritto. La volontà di chi dispone del terreno è decisiva solo per la maggiore o minore quantità di area che si ritiene pertinente al sepolcro; nel dubbio la religiosità non affetta che il terreno, entro il quale c'è il cadavere o il sepolcro in cui sono le ceneri; ma non è escluso che si attribuisca un più vasto ambito alla sepoltura (2). In questa però non si comprendono le cose adibite al servizio di essa, come un bosco per toglierne la legna ai sacrificii, un giardino per coglierne i fiori ad ornamento della tomba e così di seguito Non si può tuttavia negare che il sepolcro possa rappresentare anche un interesse economicamente rilevante. Il fatto, che taluno può essere seppellito in un dato sepolcro o vi può seppellire le persone

---

(1) Fr. 6, § 1 D. 11, 7.

(2) La regola data nel fr. 2, § 5 D. 11, 7 va intesa con molta discrezione: essa anzi è nel suo letterale significato quasi inapplicabile. Nella pratica le questioni si risolvevano col parere del collegio pontificale. Sulla questione v. Mommsen, *Ztschr. der Sav. St.*, R. A. XVI, 201-5.

di sua famiglia, risparmiando la spesa per l'acquisto di altre tombe, non è privo d'importanza economica. La ragione è tutta qui; che la sepoltura rappresenta una spesa necessaria: la facoltà di disporre di un sepolcro, in quanto elimina tale spesa, è un vantaggio economico (1). I Romani hanno procurato di conciliare la religiosità dell'oggetto ed il momento economico della sua disponibilità col negare la proprietà su di esso, ammettendo insieme il così detto *ius sepulcri*, per cui taluno può essere tumulato in un dato sepolcro od anche seppelirvi i suoi (2). La determinazione del *ius sepulcri* dipende dalla volontà di colui che lo istituisce: egli può ordinare che nessuno sia introdotto nel proprio sepolcro, o che invece sia aperto agli eredi ovvero a quelli della famiglia (3). Il *ius sepulcri* è tutelato

---

(1) Cfr. fr. 7 pr. e 9 D. 11, 7. Ciò appare anche dal ragionamento piuttosto cattivo di Ulpiano: fr. 5, § 8 D. 24, 1. Di qui l'importanza de' *collegia funeraticia* e le istituzioni delle sepolture pei poveri.

(2) Fadda nel *Foro ital.*, vol. XIII, fasc. 7; vol. XIV, fasc. 23 e *Azione popolare*, p. 165 seg.; da ultimo *Res religiosae*, Napoli, 1899. Il Mommsen, l. c., p. 208 seg. distingue due categorie di *ius sepulcri*: l'una più ristretta, per cui il titolare può avere sepoltura nella tomba; tale diritto si fa valere dai suoi eredi; l'altra più ampia, che sta nel diritto di usare del sepolcro in conformità della sua destinazione, cfr. *Corp. inscr. lat.*, VI, n. 10362.

(3) *Sepulcra hereditaria, familiaria.* L'erede ha *ius sepulcri*, anco ne' *sepulcra familiaria*, purchè non ne sia espressamente escluso: c. 13 C. 3, 44. La reciproca sostenuta dal Mommsen, l. c., non è dimostrata (p. 211 seg.). Invece è notevole quello che ivi insegna lo stesso autore circa l'origine e le vicende de' sepolcri famigliari, che sembrano una modificazione delle antiche tombe genti-

dal diritto: il suo titolare può agire in prima linea (1) per *violato sepolcro*, se altri rechi detrimento alla sepoltura o ne disponga non avendovi diritto. Per quest'ultimo caso serve anche l'azione in *factum praetoria*, di cui al fr. 2, § 2 D. 11,7.

213. Il carattere del *ius sepulcri* non è nelle fonti nostre del tutto chiaro. Il suo carattere patrimoniale appare da ciò che il *ius sepulcri* fa parte, ove non sia escluso, della successione ereditaria: che può essere legato (c. 14 C. 6,37): che il titolare vien perfino detto *dominus* (2) e che altrove, ove con maggior precisione si dice che non è *dominus*, gli si concede tuttavia l'interdetto *quod vi aut clam* (3). Viceversa è manifesto lo sforzo a limitare più che si possa questo carattere: Ulpiano nel fr. 5, § 8 insiste su ciò, che niuno è *locupletior* per una cosa *quam religioni dicavit*; dell'*actio violati sepulcri* si dice chiaramente che essa non sta a tutela di interessi patrimoniali, ma d'interessi di famiglia e di onore personale. Donde l'intentare tale azione non significa immischiarsi ne' *bona hereditaria* o *gerere pro herede* (fr. 10 D. 47,12; fr. 20, § 5 D. 29,2); l'azione può in caso di impedimento esser concessa a chi non è titolare per l'interesse civico, che vi è pure congiunto: « nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, *cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem* (sed) magis ad ultionem pertineat ».

---

lizie. L'ammissione dei liberti non si ha che sotto l'impero e sempre con vivo contrasto da parte della giurisprudenza.

(1) Fadda, *Az. pop.*, p. 34 seg.; 77 seg.; 172.

(2) Fr. 6 D. 47, 12

(3) Fr. 13, § 5 D. 43, 24.

214. In niun luogo si vede considerata lecita la vendita del *ius sepulcri* (1): Ulpiano esplicitamente attesta che esso non può acquistarsi per decorso di tempo: « longa possessione ius sepulcri non tribui ei, cui iure non competit » (fr. 4 D. 11,8) (2). Riassumendo pertanto possiamo concludere, che il *ius*

---

(1) Cfr. anche Paolo, *Sent.*, I, 21, § 7. In fr. 22-24 D. 18. 1 e fr. 53, § 1 D. 19, 1, si dice solo che chi vende un immobile in cui vi è un sepolcro senza accesso dalla via pubblica e senza riserbarsi nulla, s'intende che rinunci al *ius sepulcri*, che ormai non potrebbe esercitare senza incomodo del compratore. In fondo è tale pur la sostanza della nota sentenza di Senecione (Bruns, *Fontes*, p. 361). Il compratore del predio può agire *ex empto* se non fu avvertito che alcuni pezzi di terreno (*modica loca*) siccome religiosi non potevano passare in sua proprietà o disponibilità. Il Fadda nel primo lavoro citato (p. 14 dell'estratto) e nelle *Res religiosae*, p. 36 seg. (almeno dove non si opponga l'atto costitutivo) opina che il *ius sepulcri* sia vendibile; ma non parmi ciò conforme allo spirito delle decisioni richiamate nel testo. In prova parmi si possa anche addurre che la c. 4 pr. C. 3, 44 insegna, come « sepulcrum... nec divisione (e cioè in cambio di altri enti ereditarii) ad unum heredem redigi potuisse ». Le frequenti multe sepolcrali contro chi alienerà il sepolcro non implicano la validità dell'alienazione (c. 1 C. 9, 19) neppure del mero *ius sepulcri* (Merkel, *Sepulcralmulten*, p. 12. Fadda, *op. cit.*, p. 55 seg.); esse intendono colpire il fatto illecito in sè stesso, per cui il titolare del *ius sepulcri* per danaro permette che altri si serva del sepolcro ad uso religioso e profano.

(2) Riprodotto ne' Basilici 59, 2, 4 (VII, 157, Ferrini). La c. 6 C. 3, 44 (non riprodotta nei Basilici) del 224 si può riferire senza difficoltà (in quanto parla di « praescriptio longi temporis ») ai *dominium loci puri*, seguendo la glossa. In contrario Fadda, l. c., p. 9 seg. il quale però ha ora mutato avviso, *Res rel.*, p. 64 seg.

sepulcri in via principale è un diritto di famiglia o di persona, secondo i casi; alla repulsione degli attacchi concorre il diritto civico pel comune interesse, che sia rispettata la religione dei sepolcri; non è lecito trafficare od arricchire con esso. D'altra parte non si possono eliminare tutte le conseguenze derivanti dal vantaggio economico che l'attribuzione di tale diritto arreca al titolare.

215. Non *divini iuris*, ma pure *extra patrimonium* sono le cose *omnium communes*. Si tratta di enti, che nella loro totalità non cadono sotto la signoria di veruno (« proprietas autem eorum potest intellegi nullius esse »: § 5 I. 2,1), sia che la loro natura vi ripugni, sia che invece vi ripugni l'ordinamento positivo in un determinato periodo storico (1). Tali enti hanno invece per carattere la loro idoneità a servire all'uso universale di tutti i consociati (2):

---

(1) Cfr. fr. 34, § 1 (Paul) D. 18, 1: « [res], quas... *natura vel gentium ius*... commercio exuerunt » colla frase dallo stesso Paolo adoperata, *ibid.* fr. 51 a proposito de' *litora maris:* cfr. fr. 4 con fr. 2 (entrambi di Marciano), D. 1, 8: §§ 1 e 5 I. 2, 1 e Ferrini, *Fonti delle Ist.*, in *h. t.* V. poi Pampaloni, *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, IV, 214 seg.

(2) Il prof. Manenti, nel suo notevole scritto *Concetto della communio* (Milano, 1894), insiste sulla destinazione della cosa all'uso generale; le vere « res communes omnium » sono quelle, che effettivamente potrebbero essere oggetto di appropriazione con esclusione degli altri, siccome il mare e il lido del mare. La dichiarazione delle fonti circa l'aria e l'*aqua profluens* è un omaggio teorico ad un principio filosofico (quello della « societas generis humani ») privo di pratica importanza. La differenza fra le « res omnium communes » e le « res publicae in publico usu » starebbe in ciò, che le prime sono la-

omnibus vacant (fr. 51 cit.), *omnium communes sunt;* inoltre essi possono essere sottoposti *per partes* ai diritti patrimoniali dei singoli, quando cioè una parte venga staccata e delimitata in maniera da assumere una individualità propria.

I giuristi romani danno come esempio di *res communes* l'aria, l'acqua corrente, il mare *et per hoc litora maris:* l'aria e l'acqua corrente sono evidentemente per la loro natura destinati all'uso comune: circa al mare (però cfr. fr. 13 pr. D. 8,4: « mare quod *natura* omnibus patet »), e più ancora ai *litora maris*, non è inescogitabile il dominio dello Stato; i giuristi romani dicono però che *iure gentium* non sono in dominio di alcuno e servono all'uso di tutti (mare commune omnium est et litora, sicut aer: fr. 13, § 7 D. 47,10). Tutti possono quindi navigare o nuotare o pescare in mare, passeggiare sui lidi, caricarvi e scaricarvi le navi e così via. Però è lecito occupare una parte di mare o di lido, p. e. racchiudendola entro argini o muri, ovvero coprendola con edificii, e la parte così occupata sarà di proprietà privata (« quod in litore... vel in mari extruxerimus nostrum fit »: fr. 50 D. 41,1) finchè rimane l'opera che separa e determina e individualizza la parte occupata (« villis et aedificiis... quae non sunt iuris gentium sicut et mare »: fr. 4 pr. D. 1, 8: « ..... sublato aedificio, quod in litore positum

---

sciate all'uso di tutti gli uomini, regolate in modo che nessuno ne usi con detrimento degli altri (anche mercè l'utile applicazione di interdetti), le seconde sono lasciate a un determinato uso di tutti i cittadini, la disponibilità residuale è riservata allo Stato. Questo potrebbe anche toglierle a tale uso e convertirle senz'altro in beni patrimoniali (l. c., p. 64 seg.).

erat... locus... in pristinam causam recidit... ac si nunquam in eo aedificatum fuisset.... si modo recipit pristinam litoris speciem »: fr. 14, § 1 D. 41,1).

Non contrasta a tale dottrina il fr. 50 D. 41,1 (che però non è scevro di interpolazioni): le parole « quamvis quod in litore publico vel in mari extruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat » devono intendersi nel senso, che, sebbene noi diventiamo proprietarii dell'opera compiuta e dello spazio per essa occupato o intercluso, non abbiamo però un diritto generale di fabbricare e che di fronte alla opposizione de' terzi non ci resta che impetrare una ordinanza particolare del pretore (poichè non v'è in proposito alcun rimedio stabile nell'editto), che respinga l'opposizione e ci riconosca la facoltà di edificare: azione civile *de faciendo* manca, come il passo dichiara sulla fine, senza dubbio (1).

216. Se anche in varii passi delle fonti vien detto che è pubblico il lido del mare, ciò non deve intendersi nel senso che la proprietà ne spetti allo Stato; altrimenti non si capirebbe come chi vi edifica diventi domino dell'edificio. Questo anzi è esplicitamente spiegato da Nerazio (2). Piuttosto crea note-

---

(1) Cfr. Brinz, *Pand.*, I, § 125, n. 16; Pampaloni, cit., p. 234 seg. Il pretore è poi libero di non emettere il decreto, ove gli consti che l'opera progettata sia di nocumento o d'impedimento all'uso comune. Anzi vedi fr. 1, § 17 D. 43, 12 (Lenel, *Ed. perp.*, p. 369 : fr. 3, § 1 D. 43, 8 e fr. 4 *ib.*).

(2) Fr. 14 pr. D. 41, 1 : « litora publica non ita sunt, ut ea quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura publica sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt ». Ossia: non vi ha proprietario de'

voli difficoltà un passo di Celso, fr. 3 pr. D. 43,8: « litora, in quae populus romanus imperium habet, *populi romani esse* arbitror ». Che qui Celso voglia dire che il *litus* sia *publicum* nel senso degli scrittori citati (1), non è credibile, poichè nel § 1 del

---

litora maris (ciò che appunto è caratteristico per le *rès omnium communes*): sibbene siavi possibilità di occupazione parziaria e di uso generale e conseguente necessità di pubblica tutela. Per l'uso accennato nel testo cfr. fr. 50 D. 41, 1 (*in litore publico*): fr. 112 D. 50, 16 (*litus publicum*); fr. 45 pr. D. 41, 3 (*loca iuris gentium publica:* l'esempio è dato dal *litus* e indi dal « diverticulum fluminis publici », che offre un rapporto singolarmente complesso, come avvertiremo a suo luogo); anzi in fr. 10 D. 1, 8 si dice *publicum* il mare (« quod mari occupatum sit »).

(1) Così Donello, *Commentarii*, 4, 2, 7 seg. Parimenti non è verosimile che Celso intendesse parlare di un rapporto di sovranità: questo è senz'altro contenuto nelle parole « in quae p. r. imperium habet ». Il Pampaloni nel suo egregio lavoro *Sulle rive del mare* (*Bullettino* cit.), § 5 e 6, pensa che, mentre i giuristi romani per *litora maris* sogliono intendere il *lido interno* (e cioè quella striscia di terra che è compresa tra il flutto minimo e il flutto massimo, *qua maxime fluctus exaestuat:* fr. 112 D. 50, 16: così si capisce perchè Marciano nel fr. 2, § 1 D. 1, 8 dal mare argomenti [*per hoc*] ai *litora maris*), Celso penserebbe al *lido esterno* ossia a quella striscia di terra che circonda il lido interno e, ove questo non esista (si pensi a un tratto di mare profondo che sia ai piedi di una rupe a picco), dà direttamente sul mare. Circa alla condizione giuridica del lido esterno il Pampaloni (p. 229 seg.) acutamente congettura un dissenso fra le opinioni de' giuristi romani, e mentre Paolo direbbe *publica* i *litora mari proxima* (e cioè i *lidi esterni* in contrapposto ai *litora maris*) nel senso che sono soggetti

frammento stesso con evidente antitesi si dice: « maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris ». Precisamente queste antitesi fra il *litus* e il *mare* sconsiglia dall'aderire all'opinione del Mommsen (1), che si vale del passo celsino per spiegare i casi di locazione da parte dello Stato del fondo del mare o anche del diritto di pesca in una determinata zona di mare (come resulta dalla iscrizione di Leuwarden in Frisia dove si parla di *conductores piscatus*) (2). A mio avviso Celso in quel passo manifesta una sua opinione personale, che non ebbe seguito e il frammento nel diritto giustinianeo va ricondotto con interpretazione più o meno spontanea al significato degli altri. Le *conductiones*, di cui troviamo cenno, non sono in sostanza che forme di imposte: lo Stato esige un tributo per la pesca in date località o per l'occupazione del fondo, ecc.,

---

all'uso pubblico (fr. 65, § 1 D. 41, 1, ove è caratteristico il raffronto colle *ripae fluminis*, che sono evidentemente rive esterne e che sono bensì in *publico usu*, ma punto di ragione demaniale), Celso non sarebbe stato alieno (*arbitror*) dall'ammetterne la demanialità. Per accettare l'opinione del Pampaloni su questo punto, occorre anche ritenere che il passo sia stato alquanto alterato, non potendosi ammettere che Celso per *litora* intendesse addirittura il lido esterno, mentre la sua definizione di *litus*, che ci è conservata (fr. 96 pr. D. 50, 16: *litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit*), contempla chiarissimamente l'interno. Questo è forse anche il pensiero del Pampaloni, che osserva come i compilatori non avessero una chiara idea della differenza. Il Manenti, l. c., p. 67 propende a ritenere che Celso non volesse dir cosa sostanzialmente diversa da quella che esprime Nerazio.

(1) *Bullettino dell'Ist. di d. r.*, II, p. 131.

(2) Cfr. anche il fr. 13, § 7 D. 47, 10.

un tale tributo ha poi per naturale corrispettivo che lo Stato vieti ad altri di impedire che il primo *sua conductione utatur*: siamo insomma in termini di diritto amministrativo e di esplicazione relativa

217. Si può ora chiedere se la categoria delle *res omnium communes* sia tutta esaurita in que' quattro esempii, che i testi sogliono offrire. Non è mancato chi sostenesse essere tale esemplificazione puramente dimostrativa: il Noodt (*Comment. in Dig.* I, 8) ha voluto includervi i fiumi, ma a torto, poichè, se l'uso dei fiumi è generalmente libero a tutti, essi non sono suscettibili di occupazione parziaria: sul loro fondo poi vi ha allo stato potenziale la proprietà privata dei frontisti. Recentemente s'è voluto aggiugere lo spazio aereo ed il sottosuolo (Weremberg negli *Jahrbüches für die Dogm.*, VI, 1 seg.).

Lo spazio aereo va ben distinto dall'aria, con cui sta nel rapporto da contenente a contenuto. L'aria è in continuo movimento ed in continua rinnovazione; lo spazio aereo rimane invece naturalmente *semper idem*. I Romani indicano lo spazio aereo col nome di *coelum* (fr. 1 pr. D. 8, 2; fr. 21 § 2 e fr. 22, § 4 D. 43, 24). Si può disputare se ad esso convenga la denominazione di cosa. I Romani, come s'è visto, per le *cose* esigono in generale, che abbiano a cadere sotto i sensi (le *res incorporales* hanno tutt'altra significazione, non sono che diritti); può questo dirsi dello spazio puro? La negativa è stata sostenuta dal Gesterding (1) seguito in ispecie dal Voigt (2). A me tuttavia pare più probabile l'opposta opinione,

(1) *Nachforschungen*, 3, 447 seg.
(2) *Die XII Tafeln*, II, 617 seg.

poichè da una parte lo spazio non è una mera rappresentazione intellettuale, ma ci è nella sua esistenza indirettamente almeno affermato dai sensi e dall'altra nelle fonti vi parla di *mensura coeli* come di *mensura soli: solum* e *coelum* si contrappongono adunque, come enti fra cui un paragone è lecito (fr. 21, § 2 D. 43. 24) e nel fr. 22, § 4 ib. si mettono nella stessa categoria *locus* e *coelum*.

218. Ora è comune l'opinione che il *coelum*, ossia lo spazio aereo (erroneamente discorrono alcuni della *colonna d'aria*) che sta sopra un fondo, sia nella stessa condizione giuridica del fondo medesimo e quindi di dominio privato o pubblico, *nullius* od occupabile, ovvero *divini iuris*, secondo che nell'una o nell'altra di queste situazioni il fondo stesso si trovi. Ne' testi ciò non è con sicurezza pronunciato mai; si dice che « coelum, quod supra id solum intercedit (suolo di proprietà privata), liberum esse debet »: fr. 1 pr. D. 8, 2; si dice che « sepulcri sit... omne.. supra id coelum » (fr. 22, § 4 cit.) ed è questa l'espressione più forte che si riscontri. Il Voigt però ha osservato (l. c. p. 618 sg.) che nelle fonti l'occupazione arbitraria che un terzo faccia del *coelum* sovrastante ad un fondo privato non è considerata come spoglio, ma piuttosto come turbativa del possesso del fondo: ad es. fr. 3, § 9 D. 43, 17. Il Pampaloni (1) obbietta che colla occupazione dello spazio aereo, questo come puro spazio è distrutto e non esiste più, e che verrebbe meno per conseguenza la proprietà che su di esso esistesse (2).

---

(1) *Sulla condizione dello spazio aereo* (estr. dall'*Archivio giur.*, vol. 48, § 1-3), p. 25.

(2) Si attenderebbe con tale spiegazione un'*actio legis*

La sottigliezza dell'obbiezione non toglie l'impressione che fanno i testi, di limitare cioè proprietà e possesso al *solum* (1), pur escludendo dallo spazio aereo sovrastante quelle immissioni dei terzi, che possono turbare o diminuire il godimento del predio (2). A questa resultanza viene lo stesso Pampaloni, il quale accoglie su questo punto la dottrina del Weremberg, essere lo spazio aereo una *res omnium communis*, come il mare. Come ha de' limiti la proprietà privata per il fatto della coesistenza di altre proprietà vicine, così, egli osserva, ha de' limiti anche l'*usus* generale di una *res omnium communis* in vista dell'interesse delle proprietà attigue.

Quello stesso principio, che esagerato ha portato a delle applicazioni fallaci rispetto all'uso del mare di fronte alle proprietà de' privati (3), qui (4) man-

---

aquiliae per lo meno *utilis* ed è molto dubbio che un giurista romano l'avesse mai ritenuta possibile.

(1) S'avverta anche la così caratteristica espressione *res soli*: cfr. fr. 3, § 5 D. 43, 17 (colla lezione tradizionale).

(2) Tale è il senso della frase che « coelum liberum esse debet ». Naturalmente non è escogitabile un'esclusione indefinita; le fonti non danno lume in proposito. Che il limite sia da desumersi dalla misura massima di *attuale* possibile utilizzazione del predio (cfr. Pampaloni, l. c., §§ 7-9), pare a me affatto conforme allo spirito del diritto romano. Sulla formola dello Jhering ne' suoi *Jahrbücher*, 6, p. 81 seg., v. lo stesso scrittore, l. c., § 5.

(3) Fr. 13, § 7 D. 47, 10: v. « usurpatum tamen, etc. ».

(4) Esclusione dei terzi e facoltà di disporre della cosa non esauriscono forse il concetto di proprietà? Cfr. Ihering, *Jahrb.* cit., p. 87. Più che di *pertinenza attuale* dello spazio aereo al dominio del predio sottostante, sembra

tenuto ne' suoi veri termini ha giustificato la remozione de' terzi dall'uso di una parte dello stesso spazio aereo. L'importante è che la proprietà del suolo sia suscettibile della sua massima esplicazione. È questa a mio avviso la soluzione più soddisfacente che finora siasi data all'arduo quesito.

219. Anche più scarse di accenni sono le fonti per il sottosuolo. Sappiamo che il *dominus soli* può inibire al vicino di immettere o lasciare immesse le radici nel terreno suo con mezzi analoghi a quelli, con cui inibirebbe al vicino di far sporgere un balcone od una tettoia oltre il confine sul fondo suo: ad es. fr. 6 § 2 D. 47,7: «agere autem licebit non esse ei ius (sicuti tignum aut protectum) immissum habere». Il Pampaloni sostiene che il sottosuolo (fin dove è umanamente accessibile, e quindi fin dove è *cosa*) è *res nullius* e come tale occupabile; che però è esclusa l'occupabilità da parte dei terzi e riservata al proprietario di quella parte di sottosuolo che sta sotto il predio e che *attualmente* può essere raggiunta *ai fini dell'utilizzazione del predio stesso*, scavo di sotterranei, di pozzi, di miniere che arrivino fino alla superficie, ecc. (op. cit. e loc. cit.). Qui io mi trovo indotto ad allontanarmi dalla dottrina del Pampaloni (come da quella affine del Weremberg che ritiene essere il sottosuolo una *res omnium communis*) e ad avvicinarmi alla teoria tra

---

esatto parlare di *riserva perché ne possa disporre occorrendo.* Inoltre la formola da noi preferita meglio si concilia alla variabilità della misura dello spazio aereo riserbato al domino del predio sottostante in rapporto alla variabilità dei bisogni, della civiltà, dello stato delle industrie.

dizionale (però seguendo la designazione dei limiti fatta dal Pampaloni), che considera il sottosuolo come una cosa nella stessa condizione giuridica del predio sovrastante.

Mi pare che questo sia il concetto de' Romani, quando dicono che *l'aqua viva* in fondo al pozzo è *portio agri* (fr. 11 pr. D. 43,24); che lo scavare e il precidere le vene d'acqua sotterranee è *facere in suo* (fr. 24, § 12 D. 39, 2 «tam alte fodiam in meo» e fr. 26 ib. *in suo faceret*: fr. 1, § 12 D. 39, 3); che vi ha una proprietà anche de' massi che sono inclusi nel suolo e quindi pur della loro parte sotterranea (*lapis... qui cohaeret fundo:* fr. 19 pr. D. 10,3). Inoltre questa concezione sembra rispondere per antitesi al principio che tutto quanto viene a congiungersi col suolo sopra il medesimo diventa parte del predio ed entra nel dominio del proprietario (1).

---

(1) Invece non si trae veruna induzione sicura dal fatto che il *tesoro* trovato dal terzo è parzialmente devoluto al *dominus loci*. Questo si spiega anche da chi ammette solo una riserva di disponibilità a favore del *dominus soli:* cfr. Pampaloni, l. c., p. 28. È poi noto come nel diritto nuovo è concesso di cercare e coltivare miniere sotto i fondi altrui, col solo vincolo di pagare una percentuale del prodotto al fisco ed una simile al proprietario del predio sovrastante. Questo non parmi un argomento contro la tesi accolta nel testo (anzi l'Ihering ne ha tratto un argomento a favore); si tratta di uno de' casi di *espropriazione* comuni nel diritto nuovo. Che la massima parte del reddito vada all'*effossor*, si comprende e come premio per la scoperta e come retribuzione per l'impresa laboriosa. Si avverta poi che le fonti chiamano *dominus* senz'altro, parlando della miniera, il

220. La proprietà di una cosa spettante allo Stato o ad altro ente pubblico non differisce sostanzialmente da quella che spetta ai privati: tale ad es. l'*ager publicus populi romani*, che nella *lex agraria* è trattato come allato a quello spettante a privati (1): si discorre parimenti di servi pubblici, *pecunia publica* e così via. Tale locuzione s'adopera anche per indicare la proprietà de' Comuni, per cui sarebbe meno propria (2). A tali enti la cosa perviene per atti e forme ordinarie (3) (solo pel popolo romano la forma è semplificata); essi liberamente ne dispongono e colle debite cautele le alienano. Bisogna però distinguere quelle cose, che vengono lasciate all' *usus publicus* o *communis*, ossia *publicatae*.

La *publicatio* avviene per opera dell'autorità competente (4) in forma di editto (5). Sulla cosa *publicata* hanno tutti i cittadini *come tali* (6) diritto di

---

proprietario del predio sovrastante (c. 3 Cod. 11, 7 (6) e che la misura del canone è notevolmente superiore a quella dovuta dall'enfiteuta.

(1) *Lex agr.*, l. 1, 4, ecc.

(2) V. la critica di Ulp., fr. 15 D. 50, 16. La frase tecnica è « res communis (municipum, colonorum) ».

(3) *Corp. inscr. lat.*, I, n. 1143: « culinam faciendam de s. s. c(urarunt): eisdemque locum emerunt de L. Tondeio: *publicum est* ».

(4) *Ab eo qui ius publicandi habuit:* fr. 2, § 21 D. 43, 8.

(5) Cfr. ad. es. Or. 3259 « Caes. August(us) redemptum a privato publicavit »: Pernice, *Labeo*, 1, 269. Per la *publicatio* di una biblioteca cfr. Plin., *Nat. hist.*, 7, 30, 115.

(6) « *Iure civitatis*, non quasi propria cuiusque »: fr. .. § 2 D. 43, 8

uso conforme alla destinazione e limitato in modo da rendere possibile uguale uso da parte degli altri. Tali diritti civici sono anche tutelati da numerosi interdetti. Lo Stato o il Comune può sempre togliere all'*usus publicus* la cosa *publicata* e farla rientrare ne' proprii beni patrimoniali (1); finchè ciò non avvenga, non è possibile alienarla. Gli esempi datici nelle fonti sono le vie pubbliche (fr. 2, § 21 cit.), le piazze (campo Marzio: fr. 6 pr. D. 18, 1), le biblioteche, i teatri e gli *stadia* (fr. 6, § 1 D. 1, 8), ecc. Non è da dubitare che su tali cose si mantenga la proprietà dello Stato e della *civitas*, sebbene l'utilità di esse sia quasi o del tutto assorbita nell'uso pubblico: tale diritto si rivela nella facoltà di togliere la cosa a questo uso, in quella di regolarlo ed anche di esigere in qualche caso un corrispettivo. Tuttavia la destinazione di questi beni li fa ritenere in certa guisa estranei al patrimonio dell'ente pubblico, come già si è detto. Marciano (fr. 6, § 1 cit.) afferma chiaramente la proprietà dell'ente pubblico dicendo che tali beni sono *universitatis*, non *singulorum*, e sotto questo rispetto non fa differenza fra i *theatra et stadia* da una parte e il *servus publicus* (*communis*) dall'altra. Ulpiano nel citato fr. 2, § 21 dice *pubblico* il suolo della via pubblica (2).

221. Affatto particolare è la condizione dei *flumina publica*. Qui non vi ha certo atto di *publicatio*; essi non sono mai collocati dai giuristi romani nelle

---

(1) La *pecunia populi*, è contrapposta alle *res in publico usu:* fr. 6 pr. D. 18, 1.

(2) Donde la lecitudine di legati fatti alla « civitas ad instruendum forum legatum stadium » (fr. 122 pr. D. 30) ovvero « in tutelam viae » (fr. 30 D. 31).

categorie di *res publico usui relictae.* Marciano li colloca vicino ai *portus* e dice che entrambi sono *publica* (1): Gaio dice che l'uso de' fiumi è *publicus iure gentium*; aggiunge però che tale è anche l'uso delle rive, le quali sono sicuramente nella proprietà privata dei frontisti (2).

Il rapporto è qui singolarmente complicato. Le espressioni degli antichi e in particolare de' gromatici sono da adibirsi con molta cautela, poichè non ovunque la condizione de' fiumi è la medesima (3). Nel diritto giustinianeo il trattamento appare divenuto uniforme e le regole generali. Il fiume è lasciato all'uso pubblico *iure gentium*, poichè ovunque i fiumi appaiono come vie naturali di comunicazione; essi poi adducono l'*aqua profluens*, che è *res omnium communis*. Ma, generalizzandosi quanto doveva avvenire dove il fiume era stato assegnato, la linea di confine si considerava come coincidente colla mediana pe' fondi rivieraschi: il dominio dell'alveo era quindi potenzialmente una continuazione del dominio di essi, che rimaneva totalmente assorbito dal *publicus usus* e si attuava solamente colla emersione definitiva dalle acque.

222. Le cose vengono distinte in *mobiles* (di cui sono una specie le *se moventes*, ossia le *res animales*)

---

(1) Fr. 4, § 1 D. 1, 8.

(2) Fr. 5 pr. *ib.:* « sed proprietas (riparum) illorum est, quorum praedis haerent, qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt ».

(3) In varii casi l'alveo e le rive del fiume sono riservati alla colonia, o — ciò che in pratica poco differisce — il fiume è trattato come un *vetus possessor* (Siculo Flacco, p. 157, 20 L.): altrove il fiume è *assegnato* come la terra ferma (Frontino, p. 51, 3 L.).

e *immobiles* (1), più comunemente *res soli* (2). Queste ultime sono il terreno e quanto vi è organicamente o meccanicamente congiunto. Gli immobili si designano pure coll'appellativo di *praedia:* questi si distinguono in *urbana* (*fabbricati*) e *rustica* (*terreni*) (3): *suburbana* diconsi i *praedia* vicini ad una città (4).

223. Vi hanno delle cose le quali non sogliono venire in considerazione per le loro qualità individuali, ma piuttosto in quanto appartengono ad un determinato genere, i cui rappresentanti non hanno fra loro differenze apprezzabili. Così dicasi di anfore della stessa fabbrica, forma, materia e misura; di pezzi greggi dello stesso metallo e del medesimo peso e in genere di quelle cose, che non si sogliono considerare con designazioni individuali, ma a peso, numero e misura: *quae pondere numero mensura constant.* Tale criterio è dato dalla natura di queste cose; tuttavia è ovvio, che le parti possono astrarre da siffatto carattere e considerare *individualmente* qualche rappresentante di un simil genere, sia perchè esse eccezionalmente diano importanza a qualche differenza, che per la maggioranza degli uomini è insignificante; sia perchè loro prema di concentrare de-

---

(1) Fr. 7, § 4 D. 15, 1; fr. 15, § 2 D. 42, 1; c. 1 C. 8, 21 (22). Del resto cfr. fr. 93 D. 50, 16.

(2) c. 1 cit.

(3) Fr. 7, § 4 cit.; fr. 15, § 2 cit.

(4) Fr. 198 D. 50, 16: cfr. fr. 166, *ib.* La distinzione antitetica di *res mobiles* e *immobiles* probabilmente appartiene al diritto postclassico: in tal caso si avrebbero interpolazioni anche in Ulp., 19, 6. 8. Cfr. Bonfante, *Res mancipi*, p. 152, n. 1-5, e *Riv. ital. per le sc. giur.*, XV, p. 177.

finitivamente sopra quel rappresentante individualmente considerato gli effetti di qualche loro disposizione. Di quanto momento sia che le parti astraggano dalla funzione che hanno tali cose di rappresentare un *genus* (1) e le assumano come individui, vedremo a suo tempo.

224. Come cosa, per cui la designazione *ex quantitate* prevale a quella individuale, ci si presenta in particolar guisa il danaro. Poichè non solo qui suole essere indifferente l'una piuttosto che l'altra moneta di ugual metallo e ugual peso, ma non importa neppure di distinguere fra monete di diverso peso e metallo, purchè di ugual valore complessivo. Ad es. un denario o quattro sesterzii o due quinarii si avranno come del tutto equipollenti agli effetti giuridici (2).

225. Di *genere* si può parlare non solo dove vi ha una categoria di enti uguali fra di loro, ma anche là dove, pur essendovi varii enti differenziati per caratteri individuali, questi appartengono allo stesso tipo fondamentale. Cavallo, quadro, statua designano logicamente altrettanti generi, ma gli individui (*species*), che vi appartengono differiscono notevolmente fra loro per aspetto, grandezza, valore,

---

(1) « In genere suo functionem recipiunt », Paul., fr. 2, § 1 D. 12, 1 e fr. 6 *ib.*: « quatenus mutua vice fungantur quae tantundem praestent ». Donde l'espressione di *cose fungibili* (o per contrapposto *infungibili*). Es. di disposizione in cui si astrae dalla *fungibilità:* fr. 30, § 6 D. 30. *Species* è la cosa individualmente considerata.

(2) Il linguaggio comune (*aes*) designava qualunque sorta di denaro col metallo, con cui si era dapprima coniata moneta: « etiam aureos nummos aes dicimus », fr. 159 D. 50, 16.

ecc. Questi generi puramente logici non hanno importanza *come tali* nel diritto. Però quando una somma di cose pertinenti a un simile genere si trovi per qualche ragione nettamente circoscritta, le parti vi si possono riferire immediatamente in qualche loro disposizione; la designazione dell'individuo si opera poi o secondo le norme delle parti stabilite o secondo le regole generali di diritto o per naturale riduzione. Esempi di tali disposizioni sarebbero il legato di uno de' miei quadri o de' miei servi. Qui abbiamo una somma di enti del genere *quadro* o *servo* nettamente circoscritta per la pertinenza al patrimonio del testatore.

226. Di alcune cose l'uso normale coincide colla consumazione (intesa come *uscita dal patrimonio: res quae usu consumuntur*): il vino e il pane non si usano senza distruggerli, il denaro senza spenderlo (1). Ora vi hanno rapporti giuridici che presuppongono inconsumabile la cosa cui si riferiscono; altri invece hanno per naturale presupposto la consumabilità (da una parte *commodato*, dall'altra *mutuo*). Se le parti intendono un uso eccezionale compatibile alla conservazione della cosa (p. e. *pecunia ad pompam*), non si può dubitare che la cosa in quel rapporto si abbia ad avere come *inconsumabile* (fr. 3, § 6. fr. 4, D. 13,6). Viceversa una cosa, che nell'uso normale non si consuma, può eccezionalmente essere destinata, come le perle di Cleo-

(1) Sono *inconsumabili* le cose, che coll'uso normale solo si deteriorano: come gli abiti, ad es. fr. 15. § 4 D. 7, 1. In § 2 I. 2, 4 i *vestimenta* sono messi invece fra le *res quae non consumuntur* (anche l'indice greco: ἐσθήματα). Furono proposte emendazioni varie, ma poco soddisfacenti.

patra, ad un uso consumatore: si pensi a cose inalterabili poste come *merci* in vendita, la cui destinazione quindi consista nell'essere alienate.

227. La cosa si dice divisibile, quando è scomponibile in parti che rappresentino proporzionalmente l'essenza ed il valore del tutto; indivisibili le altre. I Romani indicano questo colla frase «res, quae sine damno dividi possunt»: fr. 26, § 2, D. 30 (1). L'indivisibilità della cosa ha per effetto precipuo, che non se ne può mai pretendere o imporre la scomposizione in parti (v. loc. cit.), per quanto alla cosa si riferisca una pluralità di diritti o di rapporti giuridici.

La divisione de' predii si attua tracciando linee di spartizione, che possono essere rese anche più evidenti con ripari e altri segni. «Si divisit fundum regionibus — dice il fr. 6, § 1, D. 8, 4 — et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia *non est pars fundi, sed fundus*». Cioè, compiuta tale divisione, ormai la parte staccata ha un'esistenza propria e costituisce un fondo autonomo e «id non partem, sed totum esse» (fr. 25, § 1 D. 50.16). Quanto è organicamente o meccanicamente unito al suolo e non ha perciò esistenza indipendente, ma si confonde nella complessiva totalità del predio, rimane naturalmente diviso *pro regionibus* dalla linea di confine. Così una pietra, un albero che sia sulla linea divisoria di due fondi, una trave che si distenda da un tetto all'altro di due case attigue: fr. 36 D. 8, 2 («tignum posse

(1) Cfr. fr. 35, § 3 D. 6, 1. In § 5 I. 4, 17 si parla di «commode dividi posse»: in c. 34, § 2 *a* C. 8, 53 (54) di «res quae possibilis est dividi sine suo periculo».

duorum esse, ita ut certae partes cuiusque sint »): fr. 83 D. 17.2.

Invece nelle cose mobili è impossibile la divisione senza il distacco materiale delle parti, poichè, come ognun vede, è altrimenti impossibile che ciascuna parte acquisti tale indipendenza, da potersi poi considerare come un *nuovo tutto*, oggetto autonomo di proprietà. Questo dice assai bene anche il fr. 8 D. 6. 1, che dopo avere detto che da un fondo può essere diviso in *certae regiones*, soggiunge che ciò non può aver luogo per una cosa mobile: nunquam enim pro diviso possideri potest. Donde l'elegantissima dottrina de' giuristi romani, che se l'albero, o il sasso di confine viene sradicato o scavato, resta nella comunione indivisa dei due proprietarii, come se due masse appartenenti a proprietarii diversi si confondano in una: « cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, *communis pro indiviso fiat* et veniet in communi dividundo iudicium; nam quod erat *finitis partibus* rursus confunditur » (fr. 1 pr. D. 10 3). Al qual passo certo non contraddice la chiusa alquanto alterata del citato fr. 83 del medesimo autore (Paolo), poichè ivi si dice che la quota di condominio sarà proporzionale alla parte che prima spettava a ciascun proprietario *pro diviso* ; non dice, che anche dopo lo stacco dell'albero o della pietra la proprietà si mantenga sulla *stessa regione* (« TANTAM partem utrumque habere tam im lapide quam in arbore, QUANTAM et in terra habebat ») (1).

---

(1) Invece più sopra nella interrogazione che implicitamente ottiene risposta negativa: « pro EA parte... pro *qua* parte ». Per quanto sia grave, bisogna avere il co-

228. In un passo di Pomponio si distinguono cose semplici, connesse e composte (1).

229. Non è facile definire esattamente queste categorie di cose, la cui nozione è presa dalla filosofia stoica e adattata in qualche maniera alla dottrina giuridica. Le cose semplici sono definite da Pomponio quelle, *quae uno spiritu continentur* (*spiritus* è l' ἕξις degli stoici: parte dello spirito del mondo che informa l'unità di un singolo ente, particella del tutto universale): le dice anche *unite:* mentre Seneca (*Ep.* 102), riferendo la stessa classificazione, le chiama *continue.* Non occorre la semplicità chimica degli elementi (gli esempii sono *homo, tignum, lapis*); ma occorre che non si possa dire che a costituire la cosa concorrano altre cose aventi (in potenza almeno) propria individualità (*spiritus*). Ad es. l'*unità* della struttura si ha per esclusa quando più pezzi di metallo vengano mediante saldatura congiunti insieme, benchè compongano una cosa compresa sotto unica denominazione (una spranga una statua, ecc.). Invece, se più pezzi di metallo vengono *ferruminati* (v. avanti), la dottrina sabiniana accolta da Paolo e prevalente nei Digesti ammette che, non essendovi più distinzione tra essi ed essendo avvenuta la *confusio per eandem materiam,* risulti una cosa semplice («tota statua *uno spiritu* continetur»: fr. 23, § 5 D. 6,1). La confusione di più liquidi o di più metalli liquefatti non

---

raggio di dire che tutte le diverse opinioni (da ultimo il Windscheid, *Pand.,* 1[7], 401, n. 4) dipendono dal non avere inteso i concetti così precisi dei Romani in tutta questa materia.

(1) Fr. 30 pr. D. 41, 3.

conferisce la qualità di *cosa semplice* alla massa, che ne risulta, se essi si mantengono inalterati (col proprio *spiritus*) ancorchè insieme confusi: « utraque materia (e perciò la relativa ἕξις) etsi confusa manet tamen » (fr. 5, § 1, D. 6,1).

230. Quando più cose fisicamente congiunte concorrono senza perdere lo *spiritus* proprio di ciascuna (conservando insomma potenzialmente la propria individualità) a costituire un tutto complessivo, abbiamo quello che Pomponio dice con parola greca *συνημμένον, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat.* Seneca parla di *corpora composita.* Gli esempii sono l'edificio, la nave, l'armadio; si devono aggiungere le miscele di liquidi e metalli separabili, ecc. Il *corpus* συνημμένον, finchè l'unione dura, si ha giuridicamente per una cosa sola: non è escogitabile che coesistano una proprietà in atto sul tutto ed una parimenti in atto sui singoli elementi (1): e per vero se la funzione di questi è preordinata e subordinata a quella del tutto, non possono essi *al momento* essere oggetti autonomi di proprietà. Mantengono però il proprio *spiritus* e quindi la potenza di ridivenire tali: a ciò corrisponde una proprietà *potenziale* su di essi nel caso che prima della congiunzione appartenessero ad un proprietario diverso da quello del tutto, in cui sono compresi. Questa proprietà si traduce in atto, quando la separazione avvenga (2); in varii

(1) « Separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non potest »: fr. 23 pr. D. 41, 3. E: « si singulas res possidere intellegetur, ipsas aedes non possidebit ».

(2) « Caementa resoluta prior dominus vindicabit » (fr. 23, § 7 D. 6, 1).

casi può anche esplicarsi con un rimedio diretto ad ottenere la separazione: l'*actio ad exhibendum*. Avvenuta la separazione, la proprietà è risorta in atto e la cosa separata può rivendicarsi (1). Chi sia il proprietario del *corpus* συνημμένον, quando a costituirlo concorrano cose di proprietarii diversi, è questione che risolveremo nel trattare dell'acquisto della proprietà (2).

231. Infine parla Pomponio di *corpora ex distantibus*: questi constano di più *corpora soluta*, ossia non fisicamente riuniti, *uni nomini subiecta*, come *populus legio grex*. Già gli esempii dimostrano che qui non siamo più nel mero campo delle applicazioni giuridiche e che la dottrina filosofica è arrecata, più che altro, a complemento di esposizione. Seneca, loc.

---

(1) Fr. 6 D. 10, 4; fr. 23, § 5 D. 6, 1, ecc. In molti casi si tace di quest'*actio ad exhibendum* in funzione preparatoria alla rivendica e si accenna solo a questa: è ovvio il sottintenderla. Cfr. fr. 5, § 1 D. 6, 1: « agetur autem in rem actio » (*sic*): la frase è interpolata, evidentemente perchè si è voluto abbreviare un più lungo e preciso discorso del giurista (il compilatore pensava al suo κινήσεται ἀγωγή)

(2) Non si può negare la possibilità del caso, in cui non siavi il proprietario designato dal *corpus* συνημμένον. Si pensi a due spranghe di metallo affatto uguali e pertinenti a diversi proprietarii, che vengano saldate assieme (pe' proculiani anche *ferruminate*: fr. 27, § 2 in f. D. 41, 1). In tal caso la congiunzione perde ogni valore giuridico, i singoli proprietari rimangono tali e ciascuno può staccare la cosa propria e disporne liberamente. Se invece i vari elementi costituiscono un corpo *semplice*, sorgerebbe un rapporto di comunione *pro indiviso* (come nella *confusio* di due masse omogenee o pe' sabiniani nel caso supposto di ferruminazione).

cit., parla pure di *corpora ex distantibus* (σώματα ἐκ διεστώτων), come Paolo (fr. 23, § 5 D. 6, 1) di « corpora, quae sunt ex distantibus corporibus ». Ivi Paolo allude ad esempii simili (*singuli homines, singulae oves*): Seneca adduce *exercitus populus senatus*. Egli dice che sebbene i singoli componenti (*per quos ista corpora efficiuntur*) sono per natura distinti (*natura diducti et singuli*), pure sono tenuti assieme (*cohaerent*) *iure aut officio*. La dottrina stoica non comprende sotto il nome di corpi *ex distantibus*, che complessi di enti animati (tali sono per quella filosofia anche le costellazioni): insomma la ragione dello stare insieme non deve pendere da una causa estrinseca, ma scaturire dagli enti medesimi e cioè o dal loro istinto (come è nel gregge o nell'*examen apium*) o dalla loro volontà ossequiente all'ufficio (1).

---

(1) L'idea che anche complessi di enti inanimati possano costituire « corpora ex distantibus » è forse tuttavia la prevalente; da ultimo è stata in Italia sostenuta strenuamente dal Fadda (nota al Windscheid, vol. I, p. II, pag. 454 seg.). In contrario v. fra gli Italiani lo Scialoia (*Locazione di un fondo*, estr. dal *Foro it.*, VIII, 12). L'argomento principale è desunto da ciò, che non può negarsi che i Romani abbiano ammessa la validità di legati *per vindicationem* di collettività, come l'*instrumentum*, la *suppellex*, l'*argentum* o l'*aurum* e simili. Non solo il legatario avrebbe potuto istituire una sola rivendica; ma egli avrebbe rivendicato tutti gli oggetti inclusi nella generale denominazione, che il testatore aveva in proprietà *mortis tempore* (ancora se non ne fosse stato proprietario all'epoca del testamento). Siccome il legato *per vindicationem* presuppone il dominio del testatore « utroque tempore », ciò si spiega ammettendo che perduri

232. L'essere posti insieme il *populus* e il *grex* ha potuto favorire il concetto che, come nel primo vi ha

---

l'identità della collettività *come tale*, prescindendo dal mutarsi, aggiungersi o decrescere degli elementi singoli. La rivendica cumulativa non significa punto l'unità dell'oggetto rivendicato: essa non è che una facilitazione procedurale: in realtà l'attore deve dare la prova, se occorre, della proprietà *capo per capo:* insomma è una pluralità di rivendicazioni congiunte. In questo senso si parla di » instrumentum vindicare » (fr. 1, § 1 D. 33, 7), ecc. L'altra osservazione ha maggiore importanza; ma si pensi che alcuni testi citati si riferiscono esplicitamente a legato di obbligazione, p. e. fr. 28 D. 36, 2 (« quemadmodum DARI *debeat...* DEBERI...»): in altri è ovvio pensare ad un'applicazione del senatoconsulto neroniano in omaggio alla interpretata volontà del testatore; in altri finalmente può ben immaginarsi che i compilatori abbiano adattato la decisione al diritto dei loro tempi: ad es. in fr. 27, § 4 D. 34, 2 prima delle parole *cum moreretur,* possono essersi radiate le altre *testamenti facti tempore et* o *cum testamentum faceret et.* In fr. 3, § 1 D. 6, 1, proprio dopo aver parlato della *gregis vindicatio*, Ulpiano soggiunge che *armamenta navis singula erunt vindicanda:* naturalmente non è esclusa una rivendica cumulativa (Göppert, *Ueber einheitl.*, etc., p. 102), ma deve provarsi il dominio de' singoli pezzi. Nè può opporsi col Fadda, che negli *armamenta navis* sono anche *parti congiunte alla nave stessa*, poichè anzi a ben vedere si contrappongono (ad. es. in fr. 6 D. 14, 2 da una parte si nominano gli *armamenta navis*, dall'altra l'albero e l'antenna): si noti poi che le parti integranti di una nave (*membra navis*) non sono come tali senz'altro rivendicabili. La decisione finalmente di Scevola, fr. 34 pr. D. 20, 1 relativamente al *pignus tabernae* (complesso di merci) si spiega coi principii del pegno, senza ricorrere al concetto di una entità oggettiva distinta da tutti gli elementi che la costituiscono.

una personalità collettiva distinta dalla somma delle singole personalità individuali, che concorrono a formarlo, così nel secondo esempio vi sia un oggetto collettivo distinto dalla somma di singoli enti che lo compongono (1). Con tale concetto non sta in contraddizione il fatto che i singoli enti ritengono la individualità propria (*retinere propriam speciem:* fr. 23 § 5, D. 6,1), giacchè lo stesso ha luogo nelle collettività di persone. Pomponio tuttavia esclude esservi possesso ad *usucapionem* del *gregge* come tale: « non item (ossia: come nelle cose congiunte) tamen universi gregis ulla est usucapio; sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio » (fr. 30, § 2 cit.). La precipua importanza di stabilire il *corpus gregis* starebbe per lui in questo, che permane l'identità del gregge, anche se gradatamente si mutino i capi: « natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat ». Tale principio ha la sua precipua applicazione in tema di *legatum per vindicationem:* anche gli animali aggiunti al gregge *post testamentum factum* (*ante mortem testatoris*) sono compresi nel legato, dicendo Giuliano: « esse gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus ex cohaerentibus lapidibus » (§ 18 I. 2, 20) (2). Ma una simile regola, che è di evidente necessità pel continuo rimutarsi del gregge, non ci

(1) Cfr. Cipriano, *Ep.*, 68, 5: « corpus suum panem vocat de multorum granorum adunatione congestum, *populum* nostrum, quem portabat, indicat adunatum — — *gregem* item nostrum significat commixtione adunatae multitudinis copulatum ». Il passo parmi mostrare quanto nel pensiero e nel linguaggio comune si avvicinavano i concetti.

(2) Fr. 21, 22 D. 30.

induce ad ammettere un *dominium gregis* in senso letterale; poichè simili ragioni hanno fatto ritenere sufficiente il dominio *mortis tempore* delle quantità di fungibili legate in questa forma. Anche le regole speciali dell'*usufructus gregis* non bastano a far ritenere il gregge una entità obbiettiva, oggetto come tale di proprietà e *iura in re aliena*; l'usufrutto si orienta e si determina secondo la *destinazione della cosa* e l'essere gli animali destinati a costituire un gregge naturalmente ha grandissima importanza per il trattamento del relativo usufrutto. Finalmente il concetto di *corpus ex distantibus* potè offrire una formola opportuna per esprimere le particolarità della *vindicatio gregis* (1). Non solo è possibile una *vindicatio* collettiva o cumulativa del gregge (2); ma quando l'attore abbia dimostrato che di quel gregge in massa egli è proprietario, non occorre che venga alla prova particolare pe' singoli capi (« grex enim, non singula capita vindicabuntur » : fr. 1, § 3 D. 6.1): il convenuto potrà fornire la prova che alcuni capi gli appartengono, e così non sarà tenuto a restituirli Se però il convenuto avesse almeno la metà di quei capi, non si potrebbe più dire che l'attore abbia fornito la prova della proprietà in massa del gregge e quindi la sua rivendica deve esplicarsi nella dimostrazione particolare della proprietà dei singoli capi. Anzi lo stesso pare doversi dire (3) qualora il convenuto

---

(1) Già nota al tempo delle *legis actiones* (Gai., 4, 17). Sulle varie opinioni in proposito cfr. Pampaloni, *Vindicatio gregis*, (*Riv. it. per le sc. giur.*, X, § 2-3: estr. pagina 3 seg.).

(2) « Idem et de armento et de equitio ceterisque quae gregatim habentur dicendum est »: fr. 1, § 3, cit.

(3) La fine del fr. 2 *h. t.* è guasta. Cfr. Pampaloni, l. c., § 6.

riesca nella prova di essere proprietario di un numero di capi sufficienti a costituire un gregge. Qui pure l'attore deve scendere alla prova capo per capo (1). Sicchè nella sostanza rimane una mera rivendica collettiva o cumulativa, con speciali facilitazioni (2), dovute non a *presunzioni* di dominio (3), ma ad un sano concetto economico, per cui i *capita aliena*, se ci sono, sono meglio collocati insieme ad un gregge, di cui è più facile il relativo mantenimento, maggiore il relativo prodotto, più accurata la relativa conservazione, che non lasciati in mano a chi ha pochi animali. La conclusione dunque è pur questa, che una vera *entità obbiettiva* nei *corpora ex distantibus* non esiste: che la dottrina del fr. 30 pr. cit. offre semplicemente una formola comoda e comprensiva per indicare un gruppo di fenomeni che a tali cose si riferiscono.

---

(1) E quindi « in restitutionem non veniunt aliena capita ». Il fr. 3 pr. è pure assai guasto. È molto strano che s'insegni che chi ha perduto cento pecore e ne ha acquistate altre cento dal vero proprietario, le possa rivendicare. Probabilmente vi si faceva l'ipotesi di un legato *per vindicationem*, nel qual caso tale avvertimento si spiega (v. sopra). Circa l'acquisto dei « capita aliena ab eo qui b. f. ea possidebat » siamo all'oscuro. Se le parole risalgono a Marcello e Ulpiano, possiamo ritenere che essi pensassero a *usucapione* compiuta e notassero la *b. f.* dell'*auctor* per la congiunzione dei tempi. Pel diritto giustinianeo c'è il ripiego di pensare alla *publiciana*.

(2) Qui arriva nella sostanza anche l'Ascoli (*Note al Glück*, VI, p. 13 seg.).

(3) Se il convenuto prova che qualche pecora è sua, è abbastanza ovvio il pensare che nel gregge possano esservi altri *capita aliena*. Al disgraziato concetto di *presunzione* accede lo stesso Pampaloni, l. c., p. 25.

233. Le cose suesposte devono avere fatto comprendere che altro è essenza fisica ed altro essenza giuridica di una cosa. La prima dipende dagli elementi chimici e dalle leggi fisiche: la seconda dalla destinazione sociale e dall'uso commerciale. Una cosa può essere nuova o estinguersi in diritto, mentre in natura non si ha che la modificazione di una cosa che permane.

Si ha *giuridicamente* una cosa nuova, se si stacca una parte da cosa maggiore: p. e. un albero che si sradichi dal suolo, un masso che si scavi. Dell'albero sradicato dice Paolo che « propriam substantiam in unum corpus redacta accipit »: fr. 83 D. 17,2 e cioè che « ora ridotta a un ente a sè riceve la propria essenza » (giuridica). Una speciale importanza ha questa creazione di cose nuove per via di separazione, quando la parte che si stacca (1) rappresenta il reddito o prodotto normale della cosa (*fructus*) (2). Prima della separazione il frutto non è che parte della cosa madre (fr. 44 D. 6,1 ; fr. 40 D. 19,1), non è in *rebus humanis* (fr. 7, § 3 D. 44, 2): è da considerare come una *res futura*, che ancora non è (fr. 15, pr. D. 20, 1).

---

(1) Non occorre che sia un prodotto organico: fr. 77 D. 50, 16: « sed si cretifodinae, argentifodinae vel auri, vel cuius alterius materiae sint vel harenae, utique in fructu habentur » (fr. 7, § 14 D. 24, 3).

(2) Non vi ha frutto, se si ricava marmo da un banco non riproducibile e tosto esauribile: arg. fr. 7, § 13 D. 24, 3. Non è frutto la legna de' boschi non cedui, quella dagli alberi sradicati (§ 12 ib.): non è frutto — sebbene prodotto organico — il *partus ancillae*, perchè non costituisce il reddito normale della cosa madre (fr. 27 pr. D. 5. 3).

Parimenti vi ha una cosa nuova, se vi ha radicale mutazione nella materia o nella forma di cosa preesistente o in entrambe (1). P. es. si cava carbone dalla legna, una statua da un blocco di marmo, un calice da un bolo di argento, vino dall'uva, ecc. *Materia* (2) designa la cosa madre: *species* l'individualità della cosa (3): *nova species* la cosa nuova resultante dall'avvenuta mutazione (4).

234. Viceversa si estingue giuridicamente la cosa se entra a far parte di un altra o se viene mutata nella forma o nella materia onde constava. Questo secondo punto non ha più bisogno di illustrazione, se non in ciò, che il diritto giustinianeo ammette dietro qualche precedente isolato nella dottrina essere tuttora potezialmente viva nella nuova l'antica *species*, che sia ripristinabile (5). Circa al primo punto si avverta che è parimenti possibile (v. sopra) una potenziale conservazione della cosa, che entra a far parte di un *corpus* συνημμένον, se in forza

---

(1) « Mutata forma prope interemit *substantiam* (l'essenza giuridica) *rei* », fr. 9 § 3 D. 10, 4 Cfr. fr. 10, § 5 e 6 D. 7, 4.

(2) Gai., 2, 79, fr. 7, § 7 D. 41, 1. Anco *species pristina*. Fr. 5, § 1 D. 6, 1.

(3) V. ad es. fr. 76 D. 5, 1; fr. 23, § 5 D. 6, 1: Ferrini, *Materia e species* (*Rend. Ist. lomb.*, 1892).

(4) LL. cc. « novi corporis species », fr. 7, § 8 D. 41, 1 *aliud corpus* (fr. 9, § 3 D. 10, 4) (*aliud materia* [ne senso specifico di « legname da lavoro], *aliud navis* [che ne vien fabbricata]: fr. 18 § 3 D. 13, 7): *alia species*, fr. 30, § 4 D. 41, 2.

(5) Qui le cose nuove « materiae (la cosa originale) potentia victa nunquam vires eius effugiunt », fr. 78, § 4 D. 32.

della congiunzione non si modifichi la sua costituzione (1).

Non occorre poi avvertire che se la cosa è entrata a far parte di un corpo semplice (*per ferruminazione:* v. sopra) si ritiene definitivamente estinta a qualunque effetto giuridico: «si statuae... ferruminatione brachium iunctum sit, unitate maioris partis CONSUMI... etiamsi inde abruptum sit, rediro ad priorem dominum non posse»: fr. 23, § 5 D. 6, 1.

235. Il rapporto, in cui una cosa è collocata rispetto all'altra pel servizio dell'uomo, può influire sul trattamento giuridico della cosa stessa. Non è ad es. senza significato che una cosa concorra a costituire l'*instrumentum* o la *suppellettile* di un'altra, che una cosa sia destinata a completare l'uso di una altra (si pensi a una *quadriga*, ecc.). Fra i vari rapporti di questa natura merita sovratutto di essere rilevato quello, che i moderni dicono di *pertinenza*. Vocabolo tecnico non usano all'uopo i Romani; spesso essi usano la perifrasi che la cosa x è della cosa y. La principale regola si è che gli atti di giuridica disposizione sopra una cosa coinvolgono anche le sue

---

(1) Se un albero s'unisce organicamente ad un nuovo terreno « credibile est alio terrae alimento *aliam factam* »: fr. 26, § 2 D. 41, 1. Le condizioni per cui si può dire mantenuta l'identità di una cosa congiunta ad altra principale sono molto più rigorose di quelle che occorrono perchè si possa dire mantenuto identico a sè stesso un ente autonomo, e la ragione sta in ciò, che se la congiunzione ha determinato un'azione modificatrice di una cosa sull'altra, tale rapporto deve pur avere la sua giuridica espressione in ciò, che ormai il diritto non ammette neppure la virtuale permanenza di questa.

pertinenze quando queste non siano state escluse esplicitamente (1). Perchè una cosa possa dirsi pertinenza di un'altra occorre che sia posta (non semplicemente destinata) (2) a permanente ed esclusivo servizio di questa (3) e che sia di minor pregio ed

---

(1) Fr. 13, § 31 D. 19, 1: « aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur ».

(2) Fr. 17, § 11 D. 19, 1: « pali qui vineae causa parati sunt, *antequam collocentur*, fundi non sunt ». Donde anche la regola che i materiali destinati a essere incorporati nella cosa (*tegole*: fr. 18 § 1 *ib*.; *materiali in genere*: fr. 17, § 10 *ib*.; *tigna*: fr. 83, § 5 D. 45, 1) non costituiscono pertinenze prima di essere collocati; dopo la collocazione costituiscono *parte* e non *pertinenza*: se però a scopo di riparazione vengono staccati per essere riposti, si considerano *quasi pars* o pertinenza. Il fatto della collocazione c'è stato e la destinazione a perpetuo servizio della cosa non è dubbia.

(3) « Quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse »: fr. 17, § 7 D. 19, 1. Non dunque quello che fu posto *ad praesens*, *ibid.*: fr. 26 pr. D. 33, 7. Non toglie l'*uso perpetuo* il fatto, che vi siano periodiche soluzioni di continuità: è pertinenza della casa un pavimento di legno (*stratura ex tabulis facta*), che si mette l'inverno e si toglie nell'estate; fr. 242, § 4 D. 50, 16. Qui è da cercarsi a mio avviso il criterio distintivo per decidere quali fra le varie specie di recipienti del vino siano da ritenere pertinenza del vino stesso e quali no (fr. 3, § 1 D. 33, 6). I grandi recipienti immobilizzati o difficilmente movibili, in cui il vino è collocato in vista di essere poi trasfuso in anfore, ecc., non sono « perpetui usus causa » del vino stesso. E la medesima cosa va detta degli *otri*, che servono solo al trasporto del vino, non alla sua conservazione. Diversamente deve dirsi delle anfore, bariletti (*cupulae*). ecc., dove il vino viene ver-

importanza (1). Tanto le cose mobili, quanto le immobili possono avere le loro pertinenze: le seconde possono avere pertinenze tanto mobili (ad es. le chiavi rispetto a una casa), quanto immobili (2). Un limpido esempio è dato dal fr. 91, § 5 D. 32, dove un giardino annesso alla casa, che ha l'accesso su di quello, allo scopo di rendere la casa stessa *amoeniorem... et salubriorem*, è considerato come pertinenza della casa (3).

CAPO II.

Il possesso.

236. Abbiamo veduto come la giuridica destinazione delle cose, che non siano sottratte all'umano commercio (4), è quella di servire al soddisfacimento

sato e mantenuto fino al momento della sua consumazione; cfr. fr. 3, § 11 D. 33, 9.

(1) Tale criterio è trascurato dagli scrittori; eppure così si spiega perchè le biblioteche, le librerie, gli armadii non siano pertinenza dei libri, fr. 52, § 3 D. 32. Cfr. poi fr. 44 pr. D. 21, 2, ove la regola è quasi formulata ed è pure indicato che non il solo valore economico è indice della relativa importanza.

(2) Cfr. sovratutto Brugi, *Arch. giur.*, 32, p. 57 seg. e *Agrimensori romani*, p. 319 seg.

(3) Fr. 20, § 1 D. 8, 5. Frontin, *De controv.*, p. 15, 1 e p. 48, 9 L.

(4) La ragione, per cui delle *res extra commercium* non v'è possesso sta in ciò che esse non sono destinate a

dei bisogni umani. Quando l'uomo capace per le norme del diritto (1) è in tale rapporto colla cosa da poterla dominare ed ha una volontà corrispondente, si dice che egli possiede. Questo possesso, ossia questo rapporto, per cui l'uomo si vale od esclusivamente o in via principale della cosa pei fini proprii, è tutelato dal diritto, prescindendo dalla sua obbiettiva legittimità, poichè non si tollera che l'esplicazione della personalità umana mercè il sussidio delle cose esteriori sia bruscamente od arbitrariamente interrotta o turbata da alcuno.

237. Tale è il concetto fondamentale del possesso e della sua tutela: occorre dimostrarlo ed intenderne la portata. Da quanto si è detto risulta che il possesso è in sè un rapporto di fatto (2) che può essere anche contrario al diritto; ma che la tutela del possesso non è tanto protezione di questo rapporto, quanto della personalità umana che si esplica per via di

---

servire direttamente all' esplicazione della personalità umana: fr. 30, § 1 D. 41, 2. Può sussistere il rapporto di fatto: p. e. se uno tiene come propria una *res sacra;* ma cessa ogni ragione di tutela. Il possesso sull'*homo liber*, in determinati casi (fr. 1, § 6 D. *h. t.* ecc.) è ammesso per ragioni affatto particolari.

(1) Fr. 49, § 1; 30, § 3 D. *h. t.* (pel *filiusfamilias* giusta il diritto classico; rispetto al peculio castrense v. fr. 4, § 1 D. 41, 3); fr. 49, § 1; 30, § 3 cit.; fr. 24 *ib.* pe' servi. Il libero posseduto come servo non può possedere pel contrasto colla sua posizione: « cum ipse possideatur »; fr. 1, § 6 *h. t.*; fr. 54, § 4 D. 41, 1; fr. 118 D. 50, 17.

(2) « Eam enim rem (incipere possidere) *facti non iuris* esse »: fr. 1, § 3 D. *h. t.*: « possessio plurimum fact habet »: fr. 19 D. 4, 6.

esso (1); il fatto del possesso non è che la condizione di tale esplicazione e conseguentemente della tutela(2).

---

(1) E quindi la tutela del possesso si adatta alle esigenze del sistema: « cum — plurimum ex iure possessio mutuetur », fr. 49 pr. D. *h. t.* Così si comprende perchè quelli incapaci di avere diritti patrimoniali in proprio non possono neppure possedere, sebbene nella ipotesi del peculio essi di fatto dispongano della cosa e se ne considerino effettivamente signori: cfr. fr. 49, § 1 *ib.* « quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est »: cioè la tutela possessoria non protegge in sè il rapporto della persona colla cosa (*corpus*), ma l'esplicazione di una persona che per diritto sia capace. Da ciò deriva che se il *filiusfamilias* ignora di essere divenuto *sui iuris*, comincia tuttavia a possedere la cosa che teneva come peculiare, poichè se egli a torto crede di non fruire della tutela possessoria, non è men vero che voglia dominare la cosa ed adibirla ai proprii fini e che ciò possa fare: fr. 44, § 4 D. 41, 3. Questo frammento ha avuto una immeritata celebrità nelle controversie circa l'*animus possidendi* (Ihering, *Besitzwille*, p. 209; Baron negli *Jahrbücher* di Ihering, XXX, 208, ecc.): senza fondamento è l'ipotesi di una interpolazione (Alibrandi, *Teoria del possesso*, II, § 86; *Opere*, I, 299). V. Pernice, *Labeo*, II, p. 213, in nota; Riccobono, *Teoria del possesso*, p. 15,

(2) Lo Ihering parte da nozioni affatto diverse; ma circa al modo di considerare il possesso *in quanto è diritto* e di distinguerlo da quanto è fatto porge concetti non del tutto difformi. Ved. sovratutto l'articolo nello *Handwörterbuch für Staatswiss*, II p. 414 seg. Così si capisce perchè la tutela del possesso *come tale* venga meno, se taluno CASU *amiserit possessionem:* è cessata quella condizione di fatto, in cui la personalità si esplicava in modo tutelato dal diritto. Credo, nonostante la diversità delle formole, di non essere molto remoto dal Bonfante, *La possessio civilis e naturalis,* p. 32 seg. Se realmente per *ius possessionis* s'intende il possesso. *in*

Il vero substrato giuridico di questa è dunque il diritto della personalità umana: siccome questo non produce azione, che in caso di offesa, così è veramente (e lo vedremo) nel possesso; quello che si vieta è di turbare arbitrariamente l'affermazione della personalità *(vim fieri)*: quello che si impone è la riparazione del torto avvenuto (1).

238. Questa dottrina circa il fondamento della protezione del possesso non rende inopportuna la trattazione dell'istituto in questa parte del corso. Poichè, sebbene si tratti in fondo di un diritto della personalità umana, si tratta però di questa in quanto adibisce alla propria esplicazione le cose esteriori. Quando il diritto riconosce e difende in via assoluta il dominio della persona sulla cosa abbiamo la *proprietà* (allora la cosa stessa è studiata in quanto è pertinenza umana: « rem esse Auli Agerii ex iure quiritium »): quando non vuole che l'esercizio delle cose esteriori si turbi arbitrariamente a detrimento della esplicazione della personalità, abbiamo il pos-

---

quanto è tutelato come tale (cfr. i soliti testi in Savigny, *Besitz.*, § 5: v. però Bonfante, l. c., p. 39), non c'è motivo di meravigliarsene. Bene il fr. 2 D. 43, 17: « qualiscumque enim possessor, *hoc ipso quod possessor est*, plus iuris habet quam ille, qui non possidet ». Anche il principio che non vi è successione nel possesso è luminosamente chiaro colla dottrina accolta nel testo.

(1) Molto, e anzi troppo, si è scritto sul fondamento della protezione del possesso. Le idee esposte nel testo sono implicite in varie delle teorie proposte e anche sotto questo aspetto hanno una presunzione di verità. Sebbene la formola sia diversa, io non credo di essere nel pensiero molto lontano dal Bruns, di cui sono sempre degne di meditazione le pagine del § 27 del libro *Besitzklagen*, p. 281-300.

sesso. Alla proprietà può andare congiunto, suole anzi andare congiunto il possesso, ma da una parte la proprietà può consistere, sebbene non ci sia il possesso, ossia il rapporto effettivo fra la persona e la cosa; dall'altra la tutela del possesso (di cui può certamente valersi lo stesso proprietario, ove sia anche possessore) prescinde affatto dal ricercare se la cosa appartenga giuridicamente a chi possiede. Tutto questo è detto bene da Ulpiano, fr. 1, § 2 D. 43,17: « separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit ». In tal senso egli dice (fr. 12, § 1 *h. t.*), che *nihil commune habet possessio cum proprietate*. Quando il possesso è congiunto colla proprietà, la tutela possessoria è realmente una difesa avanzata di essa. Ma tra il possesso puro e semplice e la proprietà intercedono figure giuridiche intermedie: sovratutto la *possessio bonae fidei* avente giusta causa, la quale gode di una tutela simile a quella della proprietà, sebbene non assoluta perchè cede alla proprietà stessa.

239. All'essenza del possesso appartengono e il rapporto di fatto per cui la cosa è messa a disposizione della persona (*factum, corpus*) e la corrispondente volontà di disporne (*animus*) (1). Sul *corpus* o *factum*

---

(1) Fr. 1, § 15 D. 47, 4 (Scevola): « possessionem hereditas non habet, *quae facti est et animi* ». Fr. 3, § 1 *h. t.*: « Et adipiscimur possessionem *animo et corpore*, neque *per se animo aut per se corpore* »; fr. 8 *ibid.* (Paolo). Ulpiano parla di *corpus* e di *factum* indifferentemente nel fr. 29 *h. t.* A torto il Kniep, *Vacua possessio*, p. 315 seg.,

non diciamo ora di più; il concetto dovrà essere con maggiori dettagli esaminato più avanti, dove si parlerà dell'acquisto del possesso. Circa l'*animus* occorre invece parlare subito. Il Savigny (*Besitz*, § 9) ha identificato *animus possidendi* con *animus domini:* la volontà del possessore è la stessa di quella del proprietario, cioè di dominare pienamente la cosa e dispone pei proprii fini. Non si richiede punto che il possessore sappia o creda di essere proprietario; si richiede che voglia fare della cosa quello che un proprietario farebbe (1).

240. La principale difficoltà contro l'insegnamento del Savigny (non che di quegli scrittori che pur modi-

---

considera l'antitesi di *ius* e di *factum* siccome equivalente a quella di *animus* e di *corpus*. Ma a torto pure lo Hirsch, *Die principien des Sachbesitzerwerbes*, p. 24 e seg., nega che *factum* equivalga in taluni passi a *corpus*. Dove non c'è capacità di volere, non c'è acquisto di possesso: fr. 1, § 3 D. *h. t.*: « furiosus et pupillus non *possunt* incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent... sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat ». Una persona collettiva non può direttamente possedere: fr. 1, § 22 D. *h. t.* Nel diritto giustinianeo si è in questa parte meno meticolosi; fr. 2 *h. t.* e fr. 7, § 3 D. 10, 4 (interpol.), cfr. Bekker, *Recht des Besitzes*, p. 155 seg.

(1) Il Savigny cita la parafrasi greca delle Istituzioni (II, 9, § 4 e III, 29, § 2), dove occorre la frase ψυχὴ δεσπόζοντος. Si è avvertito che tale frase meglio si tradurrebbe *animus dominandi* o *dominantis* (Alibrandi, *Op.*, I, 228). Del resto la frase per cui νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή si trova anche nell'Anonimo e in Stefano (*Supplem. Basilicorum* di Zachariae, p. 7, 53, ecc.). Non bisogna poi dimenticare che colla frase ψυχῇ δεσπόζοντος Cirillo rende l'altra *opinione domini* di Paolo nel fr. 22, § 1 D. 9, 4 (cfr. sch. 1 ad Bas. 60, 5, 22).

ficando la formola ne riproducono la sostanza) deriva dal fatto che nelle fonti si ammettono alcune categorie di possessori, i quali non hanno l'intenzione di trattare la cosa come padroni. Certo è che colui, il quale in forza di un rapporto obbligatorio detiene la cosa, non vuole possedere; non possiede il conduttore, il depositario, il commodatario, il mandatario: anzi si dice che, tenendo essi la cosa e conservandola in base al contratto, prestano *ministerium alienae possessionis*: che cioè il possesso rimane appo il locatore, deponente, ecc., il quale conserva l'*animus* o l'*affectus* di possedere la cosa, valendosi del *corpus alienum*, ossia di questo rapporto per cui altri custodisce la cosa, riconoscendo il di lui potere su di essa (1). Questo risultato è appunto in armonia colla dottrina suesposta, specialmente ove si ricordi che a tali detentori è negato l'*animus possidentis* (fr. 1, § 20): cfr. fr. 37 D. 13, 7: «cum... conducenti non sit animus possessionem adi-

(1) A maggior ragione il *corpus* può essere costituito dal rapporto fra chi è soggetto alla potestà e la cosa: fr. 3, § 8 D. *h. t.*, § 1 ib. «animo nostro, corpore etiam alieno possidemus». Nel caso delle *res peculiares* del servo il fondamento del possesso del domino è addirittura il possesso ch'egli ha sul servo, il cui *animus* è destinato a servizio e utilità sua: «videmus eas res eorumdem (servorum) et animo et corpore possidere». Del procuratore (e, almeno per diritto giustinianeo, del tutore e curatore) è detto, che non hanno l'*animus possidentis* (— dendi *vulg.*): fr. 1, § 20 *h. t.* «Nec idem est — dice Celso, fr. 18 pr. *h. t.* — possidere et alieno nomine possidere; nam possidet cuius nomine possidetur: *procurator alienae possessionis praestat ministerium*». Cfr. fr. 9 *ib.* (*procurator, hospes, amicus*).

piscendi » (1). Di più; l'usufruttuario che pure ha un diritto reale sulla cosa e che non è vincolato da un rapporto obbligatorio verso il domino *non possiede* (2). Al contrario è detto che possiede il creditore pignoratizio (3) e che può possedere il precarista (4) nonchè il sequestratario (5).

Quasi generalmente è ammesso (sebbene manchino esplicite attestazioni delle fonti) il possesso dell'en-

---

(1) Parole probabilmente di Paolo: cfr. Riccobono, *Teoria* cit. p. 46 sgg.

(2) « Nec ad rem pertinet, *quod ipsum non possidemus* (servum, in quo usufructum habemus) »: fr. 1, § 8 *h. t.*: cfr. Gai., 2, 93 e *fragm. vat.*, § 90, 91: fr. 6, § 2 D. 43, 26: « fructuarius, inquit (Marcellus), et colonus et inquilinus *sunt in praedio et tamen non possident* ».

(3) Fr. 1, § 15 *h. t.* (v.: creditori — *quamvis — possideat*): fr. 37 *ib.*: fr. 16 D. 41, 3: fr. 35, § 1 D. 13.7 (*pignus... possessionem transfert ad creditorem*). Paolo nel fr. 37 *ib.* attribuisce al creditore pignoratizio l'*animus retinendi possessionem*: fr. 15, § 2 D. 2, 8.

(4) V. le numerose citazioni in Scialoja, *Possesso del precarista* (*Studii per Bologna*, p. 228, n. 1): ad es. fr. 2, § 3, 4 § 1 D. 43, 26. Un tipo più recente di precario non attribuisce che una mera detenzione: fr. 21 *ibid.* « precario quis rogat, ut ipsi in eo fundo morari liceat » e fr. 6, § 2 *ibid.* « is qui rogavit, *ut precario in fundo moretur*, NON POSSIDET ». Pomponio distingue fra chi « precario rogavit, *ut possideret* » e chi invece « rogavit, *ut in possessione esset* » (il che è *longe aliud*): fr. 10, § 1 *h. t.* Cfr. Scialoja, *l. c.*, p.235.

(5) Fr. 39 D. *h. t.* e sovratutto fr. 17, § 1 D. 16, 3: « rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, *nisi apud sequestrem deposita est, nam tum demum* SEQUESTER POSSIDET ». Non è però da ritenere che il sequestratario possegga in ogni caso, v. Savigny, *Besitz*, § 25: Vangerow, *Pand.*, I 7, § 200, p. 357.

fiteuta (1), da molti anche quello del superficiario (2). È chiaro che in tali ipotesi non esiste un *animus domini* nel senso di Savigny e neppure in forma più empirica un *animus dominandi*. Il Savigny aveva classificato que' casi di possesso, come tipi di possesso derivativo, cioè di un possesso che si fonda sul possesso originario di un'altra persona. Il creditore ha il possesso del pegno «quantunque non intenda di esercitare la proprietà, poichè il debitore il quale avea il pieno possesso della cosa, gli ha trasferito insieme alla detenzione il *ius possessionis*» (*Besitz*, § 9). Questa dottrina è stata prevalente nella prima metà del secolo, ma negli ultimi tempi le contraddizioni si sono moltiplicate e appena si trova chi l'osi sostenere. Si è osservato sovratutto che di tale *derivazione* o *trasferimento* del *ius possessionis* non vi è traccia nelle fonti; che quei possessori vengono considerati alla pari di tutti gli altri; che in sostanza si ammette una cessione direttamente efficace di azioni contro i principii del diritto romano.

241. Altri hanno cercato di dimostrare che anche in questi tipi di possesso non manca l'*animus domini*: cfr. Schroeter nella *Riv. di Linde*, II, p. 253 sg. e recentemente il Kuntze, *zur Besitzlehre*, p. 56 sg. Per altri si tratta di incertezza e oscillazione non del tutto superate dalla giurisprudenza romana: l'*animus dominandi* non venne formolato che dai

(1) Il Puchta anzi vi vede un caso ordinario di possesso coll'*animus domini*: *Pand.*, § 125. Cfr. Savigny, *Besitz*, § 12 e § 22; § 24, I.

(2) Non lo ammette il Savigny, *l. c.*, § 23 (*Introduz.*, p. LXIII); cfr. Bruns, *Recht des Besitzes*, p. 9 sgg., Vangerow, *Pand.*, I, 356.

bizantini; non è da stupire se la giurisprudenza romana non riuscisse a eliminare tutte le anomalie ed a comporre l'armonia del sistema (Alibrandi, che poi non riconosce fra gli accennati, che i casi del creditore pignoratizio e del precarista: *Possesso*, n. 24 sgg.). Altri hanno sostituito all'*animus domini* un *animus possidendi* molto più vago e indeterminato, tale da comprendere anche i casi accennati, che così rientrerebbero nel sistema: cfr. Boecking, *Pand.*, I, § 123: Molitor, *Possession*, p. 38 sgg. Mandry nell'*Arch. f. die civ. Pr.*, LXIII, 1 sgg. Questo *animus* si riduce alla volontà di «stare in rapporto diretto colla cosa» ciò che ha luogo pel precarista, il quale non essendo in vincolo obbligatorio con altri, non deriva da un tal vincolo la sua detenzione; pel sequestratario, non essendo designato attualmente chi sia colui pel quale la cosa è custodita; pel creditore pignoratizio, che sta in rapporto colla cosa in forza del suo diritto reale. In Italia poi questa teoria è stata perfezionata col distinguere un *possesso della cosa* per cui basterebbe un mero *animus possidendi* del genere indicato, e un «possesso del diritto di proprietà», a cui sarebbe invece essenziale l'*animus domini:* cfr. Brini, *Ius naturale*, p. 34 sg. e Scialoja, *Studi per Bologna*, p. 237, n. 2.

242. Queste dottrine per quanto ingegnose e acute sono tuttavia meno felici di quella di Savigny; strano è il parlare di *animus domini* ne' casi suaccennati, come ognuno subito vede: strano è anche che si creda di spiegare il fenomeno con un *animus possidendi* così vago, che farebbe sorgere la difficoltà inversa di spiegare la mancanza di possesso ne' casi del colono, ecc. (in cui ha certo un interesse proprio e vivissimo del detentore ad avere la cosa ed una

volontà corrispondente). Pur nelle formole più perfette del Mandry e dello Scialoja il concetto non è accettabile, poichè non si spiega con esse perchè manchi il possesso all'usufruttuario, che pure sta o vuol stare in rapporto diretto colla cosa senza che possa considerarsi «come organo della volontà di un'altra determinata persona» e che «vanta un diritto reale sulla cosa». La distinzione fra «possesso di cosa» e «possesso del diritto di proprietà» è antiromana; giacchè la proprietà è appunto la cosa: ossia la cosa in quanto legittimamente appartiene ad una persona che la può dominare è la concreta espressione della proprietà stessa. Tant'è vero che là dove si esercita di fatto il contenuto di altro diritto che non sia la proprietà, i Romani parlano di IURIS *possessio* o *quasi possessio:* il possesso vero come *corporis possessio,* è dunque l'esercizio effettivo del potere che spetta per diritto al domino, come nel patrimonio le *res corporales* significano i diritti di proprietà (anche *corpora*) in contrapposto a *iura* (1).

243. Si comprende come trovasse agevole il terreno la nuova dottrina (2) dello Ihering, che senz'altro negava la necessità di un particolare *animus*

---

(1) Analoghe osservazioni in Bonfante, *possessio civilis*, p. 50 sg.

(2) *Nuova*, poichè nelle opere anteriori dello stesso autore non vi son accenni in proposito (Kuntze, *o. c.*, p. 38 e sg.): *Besitzwille* 1889. Nonostante l'autodifesa nello *Handwörterbuch der Staatsw.*, II, 412 sg., la contraddizione fra le idee esposte in quest'opera e quelle esposte nell altra *über den Grund des Besitzschutzes*, II ed., 1869, continua a parermi evidente. In questo senso anche Riccobono, *Teoria del possesso*, p. 7 sg.

per il possesso. Possessore e detentore vogliono il rapporto colla cosa e tale volontà basta ad esaurire l'elemento subbiettivo; se in taluni casi (quelli che si dicono di mera detenzione) il diritto non tutela direttamente questo rapporto, ciò dipende da ragioni storiche e utilitarie (1). La tutela possessoria non fu accordata nei casi, in cui taluno sta in rapporto colla cosa per un interesse altrui, ch'egli rappresenta, senza vantaggio proprio (mandatario, depositario) o in casi, in cui per ragioni sociali il diritto voleva indebolire la posizione di una delle parti di fronte all'altra, come nella locazione.

244. Non è qui necessario esporre come l'Ihering cerchi di togliere gli ostacoli, che presentano i testi (2)

---

(1) Secondo Savigny il possesso x sarebbe $= a + c + \alpha$ la detenzione $y = a + c$ (intendendo per a l'*animus* che v'ha pur nella *detentio*, per α il di più che si esige per l'*animus* nel possesso, per c il rapporto colla cosa). Secondo Ihering $x = a + c$ e $y = a + c - n$.

(2) A suo avviso la nozione dell'*animus,* come distintivo del possesso, sarebbe stata messa in rilievo ed applicata largamente da Paolo (cfr. *Besitzwille,* pp. 273-283), al quale certamente appartengono i testi più evidenti e decisivi (v. *ibid.* la rassegna) e contro il quale pertanto l'Ihering fa una lunga requisitoria, accusandolo di fanatismo nelle costruzioni teoretiche! La fantasia dell'insigne alemanno arriva al punto da fargli credere che Paolo fosse corretto dai bizantini, come se precisamente questi non avessero formolata nel modo più esplicito la dottrina *subbiettiva* del possesso. In realtà poi non mancano (e ne abbiamo veduto e ne vedremo) in molti altri autori, anche anteriori a Paolo, non dubbii insegnamenti conformi: così in Celso (fr. 18 pr. *h. t.*; fr. 34 pr. *ib.*; fr. 68 pr. D. 47, 2 e probabilmente fr. 5 pr. D. 10, 4 ove si accolga la spiegazione del Riccobono, *Archiv. f. die civ. Pr.*, LXXX, 124 sg.) e

gioverà piuttosto avvertire quali altri argomenti egli abbia addotto per corroborarla. Egli crede che da un esame spassionato di alcune decisioni derivi come si debba generalmente ritenere esistere possesso, quando sussista lo stato di fatto richiesto a quell'intento ed il diritto eccezionalmente non vi deroghi col riconoscervi soltanto una *detentio nomine alieno* e quindi un possesso di colui, in nome del quale si detiene. Nel processo tocca all'avversario, che contesta il possesso, di togliere significato o quello stato di fatto, adducendo una *causa detentionis* (1).

---

già in Proculo (fr. 27 *h. t.*: fr. 1, § 25 D. 43, 16), in Pomponio (fr. 25, § 2 *h. t.*), in Papiniano (fr. 44, § 2: fr. 46 *h. t.*), in Ulpiano, ecc.

(1) Del fr. 27 e 44, § 4 D. 41, 3 si è già parlato. Il fr. 21 *ibid.* dovrebbe ugualmente provare che il possesso può esistere, sebbene chi ha la cosa non abbia altro *animus* che quello del detentore. Il proprietario cioè, ignorando che la cosa è sua, la prende in locazione: « nullius momenti locatio est: *sequitur ut ne possessionem quidem locator retinuerit* »: cfr. già Kniep, *Vacua poss.*, p. 117. Pel diritto giustinianeo il passo è in contraddizione con altri (c. 25 C. 4, 65): in sè il passo è guasto, poichè si riferiva all'antica *usucapio pro herede* ignota al diritto nuovo. Che *pro herede* non si potessero usucapire le cose non ereditarie trovate fra i beni del defunto, è noto (fr. 1 D. 41, 5): è quindi probabile che il giurista dicesse che, prescindendo affatto dalla nullità della locazione, l'usucapione non poteva avere luogo. Infatti di fronte a chi usucapisce *pro herede*, *domino* non può essere che un terzo non erede o un *heres suus*; contro il quale parimenti tale usucapione non corre. Giuliano, fr. 33, § 5 D. 41, 3: « si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, desino usucapere; quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere »: bisogna avvertire

È un grave torto secondo l'Ihering quello della

---

che il creditore pignoratizio *possiede* e che la tutela possessoria gli spetta. Che l'usucapione cessi, non deriva dal venir meno del possesso o dal sorgere di un possesso nell'altra parte, ma da ciò che manca quel fatto, che tolga significato alla posizione contradditoria alla *causa possessionis*. Non si può usucapire quello che è in mano al domino, sebbene per ignoranza egli tenga la cosa per noi, giacchè essendo nullo il vincolo relativo, manca il fatto che sarebbe l'esplicazione della *iusta causa* iniziale: cfr. fr. 29 D. 13, 7. Simili considerazioni, che implicano la prova del dominio, non possono punto ammettersi in possessorio, in cui non ha neppur significato il disposto del fr. 40, § 3 *h. t.* Esse si riferiscono all'usucapione o alla publiciana, in cui però il *possesso* non è che uno degli elementi, che concorrono. L'indipendenza del possesso *come tale* dalla causa di detenzione appare già chiara in Labeone, fr. 60, § 1 D. 19, 2: «heredem coloni, quamvis colonus non sit, domino possidere existimo»: s'intende in quanto non tratti il fondo come proprio. Sul mutamento di possesso in questo caso, vedremo avanti. Del resto concediamo ben volontieri che i giuristi repubblicani confondessero casi di detenzione e di possesso (*esse in possessione* e *possidere:* v. l'attestazione di Paolo, fr. 3, § 23 D. 41, 2) e che nei vecchi trattati non si desse una dottrina dell'*animus possidendi* in genere, ma si esponesse una serie paradigmatica di cause di *possessio per alium*. Questo è conforme al generale indirizzo della dottrina e sembra che (nella forma almeno) vi si attenessero in ispecie anche i sabiniani; mentre la teoria dell'*animus* fu particolarmente formolata e svolta nella scuola proculiana. Solo fin qui io sono disposto a seguire il Riccobono, *Teoria* cit., p. 50 sg.: cfr. anche lo Kniep, *Vacua poss.*, p. 313 sg. Non merita di esser rilevato l'argomento che trae l'Ihering dalla regola «nemo sibi causam possessionis mutare potes», di cui dovremo parlare; giacchè egli fraintende del tutto la regola stessa (*Besitzwille*, c. XV).

dottrina savignyana di non tener conto delle esigenze processuali; come si fa a provare un elemento interno, quale l'*animus?* È facile rispondere: nel modo stesso, con cui si provano gli altri fatti subbiettivi: mercè l'esterno contegno. È ovvio che in questa prova la causa, per cui uno si trova in detenzione della cosa, avrà massima importanza, poichè da essa è lecito indurre quale sia l'*animus*; a meno che siano sorti fatti nuovi e diversi, che dimostrino un'altra direzione dell'*animus* (1). Nulla di più consueto del resto, in via generale, che rilevare dal modo di comportarsi di taluno rispetto alla cosa, se abbia o no l'*animus* e in tanti anni, in cui la dottrina di Savigny dominò nei tribunali, non credo che questo punto desse mai luogo a difficoltà.

Trova lo Ihering che non è apprezzato a dovere l'*animus* del conduttore, dell' usufruttuario, ecc. nella dottrina savignyana. Costoro vogliono senza dubbio, egli dice, tenere la cosa per sè, per proprio comodo e interesse e son ben lontani dal volere solo « prestare il proprio ministero al possesso al-

(1) Per rispondere alle difficoltà create dallo Ihering, (*o. c.*, c. IX) dirò, che il conduttore che ha operato una *interversio* nel possessorio si studierà di negare la causa per non confessare il delitto, e di mostrare con altri elementi ch'egli è possessore: può anche darsi che esso, non volendo togliere col confessare l'interversione significato alla *causa*, soccomba. Ma ciò non toglie che l'interversione avvenuta e provata faccia cessare il possesso del locatore e crei il possesso del conduttore, in modo che anche i terzi possano rilevare il fatto, per escludere ad es. che il primo abbia usucapito. Ora, come vedremo, nell'interversione quello che è essenziale è l'esterna documentazione seria di una mutata volontà.

trui ». Che tali persone abbiano in vista il proprio utile, a niuno viene in mente di negare; ma che la loro posizione subbiettiva rispetto alla cosa si differenzii sostanzialmente da quella di chi è *possessore* nel senso savignyano, non si può parimenti negare (1).

245. Pare a noi quindi che (almeno pel diritto classico e giustinianeo) non debba dubitarsi che il possesso sia quel rapporto fisico colla cosa (κατοχή), a cui si accompagna l'intenzione manifestantesi nel contegno esteriore di trattare la cosa stessa come propria e di adibirla ai proprii fini. Questo resultato è tanto più meritevole di essere mantenuto, in quanto che ne' tre casi sicuri, in cui si riconosce la *tutela possessoria*, nonostante la deficienza di tale *animus*, è innegabile (contro quanto da alcuni si afferma), che i Romani riconoscano qualche cosa di anomalo. Il possesso del creditore pignoratizio, su cui abbiamo schiarimenti maggiori, è indicato nelle fonti quale *naturalis possessio* e messo insieme alla detenzione del depositario, del commodatario, del conduttore (fr. 3, § 15. 4 D. 10,4) (2):

---

(1) Buone osservazioni nel Riccobono, *Teoria* cit., p. 24 sg.

(2) Nonostante le meraviglie dell'Alibrandi (*o. c.*, p. 43) non può essere dubbia la comune interpretazione della voce *denique*. Anco i Greci hanno inteso nel senso stesso: così l'Anonimo (in *Bas.*, XV 4, 3): ὅθεν καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐνέχυρον τὸ πρᾶγμα (φυσικῶς νέμεται). L'Anonimo stesso commenta (*Supplem. Basil.*, p. 53): « Vi sono possessi legali e civili... vi sono possessi solo legali, che godono cioè la protezione interdittale: vi sono *possessi naturali*, come quelli del creditore pignoratizio e del commodatario: qui in realtà il possesso spetta ad altri » (cfr. anche la parafrasi delle *Istituzioni*, IV, 1 § 6).

notevole poi che si applichi a tale possesso l'epiteto di *corporalis* (fr. 40, § 2 D. 13,7: «possessionem pignoris, quae *corporalis* apud eum fuit» (cfr. fr. 1. § 15 *h. t.*), come per indicare che esso non è vivificato dall'*animus*, che si suole richiedere pel possesso. Anche la *precaria possessio* è detta naturale (v. «quo magis *naturaliter* possideretur», fr. 22, § 1 D. 43, 26). Questo possesso del creditore pignoratizio o del precarista è conciliabile col proseguimento dell'usucapione da parte del pignorante o del concedente: poichè la posizione non contrasta, dal momento che la cosa è tenuta da chi riconosce il nostro potere su di essa.

Quelli, i quali oggidì si accostano alla dottrina fondamentale del Savigny, non spiegano più questi casi, come di possesso derivato; ma cercano con ragioni storiche di conciliare la loro esistenza con quella dottrina (1). E per vero ragioni storiche non mancano, come non mancano ragioni di opportunità che dovevano consigliare di mantenere qui la tutela possessoria, nonostante che quelle si fossero mutate. Nella ipotesi più comune del sequestro vi ha appunto interesse a che nessuno dei deponenti attualmente possegga; il creditore pignoratizio deve essere tutelato nel suo rapporto colla cosa contro chiunque ed anche contro il pignorante, giacchè la sua garanzia si esplica anzitutto nel *rei incumbere*; il precarista è messo dal concedente (quando costui gli permette il più largo esercizio) in pieno rapporto colla cosa; non sarebbe consono alla natura che ha il precario nel diritto classico, che il

(1) Alibrandi, *o. c.*, p. 23 sg. Bonfante, *Possessio civilis* p. 9 sg.

precarista faccia intervenire il concedente a difenderlo contro le turbative dei terzi; non sarebbe neppur consono alle intenzioni del concedente, il quale fino alla revoca lascia la cosa nelle mani del precarista perchè se ne valga come crede e lo tenga libero da ogni cura rispetto ad essa.

246. Abbiamo incidentalmente veduto, come s'indichi nelle fonti quale *possessio naturalis* il rapporto di detenzione non vivificato dall'*animus rem sibi habendi*, tanto ne' casi del depositario, commodatario, conduttore, ecc., come in quelli pur non sprovvisti di tutela interdittale del creditore pignoratizio e del precarista (1). Parimenti si parla di

---

(1) Fr. 7, § 11 D. 10,3: fr. 38, § 10 D. 22,1 : fr. 12 pr. *h. t.*: fr, 49 pr. *ib.* Si può forse ritenere che l'analogia grande fra la condiziono del precarista e quella del coniuge donatario (entrambi tengono la cosa nel proprio interesse per volontà e anzi per liberalità del concedente; entrambi ne godono i frutti; entrambi sono esposti a vedersi revocato il possesso *ad libitum* del concedente) ha indotto i giuristi romani a classificare come *naturalis* la *possessio* di questo. Si noti che nel fr. 32, § 5 D. 24, 1, parlandosi del coniuge donante che obbliga la cosa donata, ma ottiene che questa rimanga nelle mani del donatario, si dice di questo « *in possessione precaria* REMANSISSE ». La condizione di possesso precario non sembra tanto cominciare colla concessione del creditore, quanto addirittura colla stessa donazione. Così si spiega il fr. 1, § 9-10 D. 43, 16: « deicitur is possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: *nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet*. denique et si *maritus uxori donavit* eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: non tamen si colonus». Dove non solo è chiamato *naturale* il possesso del coniuge donatario, ma è messo a pari di quello del colono, pure avvertendosi che non sono i medesimi gli

naturalis possessio dove il rapporto materiale di detenzione non può assurgere alla tutela possessoria, perchè o chi detiene non gode per la sua posizione subbiettiva protezione nell'esplicazione della sua personalità (1) o perchè la cosa non è tale che debba servire direttamente almeno a siffatta esplicazione (2).

Si comprende benissimo come nel possesso interdittale ordinario i giuristi chiamassero *possessio naturalis* l'elemento del *corpus*, precisamente come in ambedue le funzioni adoperano i Greci il vocabolo κατοχή (3). Nerazio e Proculo insegnavano in questo senso, che dove già precedeva il rapporto fisico non occorreva che l'*animus* a costituire il possesso: « solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat *naturalis possessio* », giacchè « quod

---

effetti. I Greci ad fr. 1, § 9-10 cit. spiegano la differenza di trattamento, osservando che il colono *possiede per altri*; ma in realtà sembra che i giuristi romani non assumessero nel coniuge donatario una disposizione d'animo diversa che nel procarista, cioè di tenere la cosa subordinatamente al placito del concedente. Si comprendono pertanto i dubbii (superati per autorità di Giuliano: fr. 1, § 2 D. 41, 6, ma non del tutto scomparsi ancora a' tempi di Paolo: PLERIQUE *putant:* fr. 1, § 4 D. 41, 2), se il coniuge donatario possedesse davvero.

(1) *Filiusfamilias*, fr. 2, § 2 D. 41,5; figlia *in potestate* « quae *naturaliter* agros *tenuit* »: fr. 35 D. 10,2 (*vat. fr.*, § 258): servo: cfr. fr. 24 D. *h. t.* : fr. 38, § 7, 8 D. 45,1 (« quamvis iure civili servus non possideat, tamen *ad possessionem naturalem* hoc referendum est »).

(2) Arg. fr. 7, § 1 D. 14, 4 (cosa non autonoma).

(3) Fr. 1 pr. D. *h. t.* Cfr. i passi de' Greci più sopra citati e le loro definizioni del possesso.

desit *naturali possessioni* (a costituire la *possessio tecnica*) id animus implet»: fr. 3, § 3 D. *h. t.* (1). In questi esempii il contrapposto a *naturalis possessio* è senz'altro *possessio*; talora si contrappone la *civilis possessio*, il *civiliter possidere* (fr. 7, § 1 D. 10,4; fr. 23, § 2 D. *h. t.*; fr. 23 pr. *ib.*; fr. 38, § 7, 8 cit.; fr. 3, § 15 D. 10,4 e fr. 4 *ib.*) (2).

247. Da non confondersi colla distinzione accennata è quella fra *possessio iusta* e *iniusta*. Con tali epiteti non si indica un carattere assoluto del possesso: il possesso è *ingiusto* verso una determinata persona, quando è stato acquisito con violenza o clandestinamente a suo danno, ovvero quando è

---

(1) Cfr. fr. 3, § 18 *ib.* e più avanti.

(2) È questa una dottrina già molto diffusa e che — dopo nuove meditazioni — mi pare la più accettabile (v. la rivista delle altre opinioni nel Bonfante, *Possessio civilis*, § 5, p. 42 sgg., la cui dottrina io avevo altre volte accettata, *Diritto romano*, II ed., p. 47). L'Anonimo per conciliare tutte le applicazioni dei testi distingue un possesso naturale, uno giuridico (ἔννομος), uno giuridico e civile (ἔννομος καί πολιτικός): *Suppl. Basil.*, p. 53. Ma è un artificio tanto più evidente, in quanto che ἔννομος rende ordinariamente la v. *civilis*. Dicendosi *civilis* il possesso coll'*animus rem sibi habendi* e colla protezione interdittale, non si vuol dire che questo istituto sia direttamente conosciuto dal *ius civile*; ma solo che il suo riconoscimento non urta contro verun canone di diritto civile (come l'inabilità di certe cose ad essere direttamente adibite al servizio dell'uomo, l'inabilità di certi uomini ad essere tutelati in quanto si servono delle cose esteriori, l'incapacità delle cose non autonome a fungere quali oggetti di rapporti giuridici, la natura di certi rapporti, che non consente che l'una delle parti si possa opporre all'altra che voglia agire direttamente sulla cosa, ecc.).

stato da essa precariamente concesso, sicchè « contro di essa non si può sostenere » (1).

248. Pare ai Romani giustamente impossibile che a più persone spetti *integralmente* (e cioè senza reciproche limitazioni) il possesso sulla medesima cosa. Così Paolo (fr. 3, § 5 *h. t.*): « plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris ». Fu tuttavia sostenuto da Trebazio ed altri che sulla medesima cosa potevano concorrere un *possesso giusto* ed uno *ingiusto* (2); ma tale sentenza diretta a spiegare alcuni effetti non riuscì a prevalere (3).

---

(1) Cfr. sovratutto Gai., 4, 151: fr. 1, § 9; fr. 2, fr. 3 pr. D. 43, 17. Lo stesso possesso è quindi *giusto* o *ingiusto* secondo la persona, contro cui si fa valere. Ad es. il possesso del precarista è *giusto* verso i terzi (fr. 13, § 1 D. 6, 2; fr. 22, § 1 D. 9, 4; fr. 7, § 4 D. 10, 3) *ingiusto* di fronte al concedente (fr. 3, § 5 *h. t.*; fr. 19 pr. D. 43, 26). In modo insolito nel fr. 7, § 4 cit. la *possessio* violenta e clandestina è qualificata come *iniusta* in sè medesima (devo però confessare che questo paragrafo compreso il *pergere ad iudicii vigorem* è di fabbrica bizantina). Altre opinioni dominano circa il *possesso ingiusto* del precarista (anche Savigny, *Besitz*, § 11 *et alibi*); ma senza fondamento nelle fonti.

(2) *L. c.* « Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit ». Sabino applicava un'opinione di Trebazio, « posse alium iuste, alium iniuste possidere: duos iniuste vel duos iuste non posse » cfr. fr. 19 D. 43, 26.

(3) La criticò Labeone, *l. c.*, osservando che « in summa possessionis non multum interest iuste quis, an iniuste possideat » o che non vengono per ciò meno le esigenze della logica giuridica. Cfr. Celso, fr. 5, § 15 D. 13, 6. In Ulpiano, fr. 3 pr. D. 43, 17 è ovvio ammettere un resi-

249. È invece affermata e indiscussa la possibilità di un compossesso *pro indiviso* e cioè per quote intellettuali (1): la vera natura di esso è grandemente controversa e può dirsi, che tale figura non è stata riconosciuta che di riflesso in questo campo per influenza del condominio. In sostanza si tratta di ciò che più subbietti dominano la cosa con reciproca limitazione in modo da rendere compatibile la coesistenza dei loro poteri: la limitazione si può avere in modo che un potere s'uguagli all'altro ovvero anche in modo che uno prevalga sull'altro in quanto concerne la distribuzione delle utilità che si traggono dalla cosa. L'indice di questo grado di limitazione è dato dalla quota. Niuno può formarsi una idea sicura del proprio potere sulla cosa, se non conosce in che limiti lo verrà esplicando: negano pertanto i giuristi romani l'ammissibilità di un possesso *pro incerta parte* (2).

---

duo di una ipotesi fatta per dimostrare quale sarebbe la conseguenza della teoria di Sabino od una relazione della medesima in una sua particolare applicazione: cfr. Savigny, *Besitz*, § 11, C. La dottrina di Sabino applicata all'*interdictum utrubi* si trova ancora in un brano del suo *Ius civile* estratto dal commentario pomponiano: fr. 15, § 4 D. 43, 26.

(1) Fr. 26 *h. t.*: «locus certus ex fundo et possideri... potest et certa pars pro indiviso»: fr. 8 D. 6, 1 (Paolo) fr. 1, § 7 D, 43, 17. Cfr. Segrè, *Sulla natura del compossesso in diritto romano* (1889).

(2) Fr. 26 cit. e fr. 3, § 2 *ibid.* Cfr. fr. 32, § 2 D. 41, 3 «ideo si plures sunt in fundo, qui ignorent quotam quisque partem possideat, neminem eorum... possidere Labeo ait» Al posto dei puntini i compilatori hanno inserito *mera suptilitate*.

259. Si è già osservato incidentalmente, come non sia possibile il possesso di cosa, che attualmente si trovi congiunta ad un'altra, che la assorba nella sua totalità, sia o no da considerarsi come definitivamente estinta la sua autonomia. Il principio è affermato pe' materiali, onde constano un edificio, una nave, un armadio (1): per la ruota di un carro l'ansa di un vaso, la borchia di una fiala, la porpora intessuta alla veste, il braccio aggiunto alla statua (2). La ragione è data da Giavoleno (fr. 23

---

(1) Fr. 30 pr. D. *h. t.* Perozzi, *Scritti per Bologna*, p. 243 sgg. Pe' materiali di un edificio fa applicazione del principio tanto alla usucapione quanto agli interdetti, Giavoleno (fr. 23 pr. D. 41, 3; Lenel, *Ztschr. der Sav. St.*, R. A. VIII, 198-202): per le tegolo: fr. 8 D. 43,24.

(2) Fr, 7, § 1 D. 10, 4. Una grave difficoltà sorge pel fr. 30, § 1 D. 41. 3: «... si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset». Intendere *nihilominus* per *nihilomagis* non è verosimile in questo luogo (Unterholzner *Verjährungslehre*, I, 153); meglio sarebbe pensare ad uno scambio per cattiva interpretazione di sigla. L'opinione del Perozzi (*o. c.*, pp. 277-317, dove è un utile esame critico delle varie dottrine), che qui non ci sia possesso *ad usucapionem* de' materiali, *come tali*, ma che se ne acquista la proprietà mercè l'usucapione dell'edificio, nonostante l'acume e la dottrina con cui è sostenuta, non è conciliabile nè colla dicitura del testo, nè coi principii generali. La proprietà acquisita dello stabile non significa per sè sola acquisto di proprietà (sia pure potenziale) de' materiali che lo costituiscono. Alibrandi (*o. c.*, p. 99) ha avuto l'intuito probabilmente felice, quando ha sospettato una interpolazione del testo. Anche la seconda parte del passo appare difficile: « quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut

pr. cit.): «nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas [aedes] non possidebit; separatis enim corporibus ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit». Cioè: se io intendo di possedere la casa, non posso intendere di possedere i materiali, cioè di adoperarli liberamente e come fossero isolati a mio arbitrio: la loro esistenza e la loro funzione sono compenetrati nella esistenza e nella funzione della casa, finchè non vengano staccati.

251. *Acquisto del possesso*. Paolo dà la regola: «adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo aut per se corpore» (1). È molto disputato che cosa s'intenda per *corpus* in questa dottrina (2). Non pare dubbio che in origine la giurisprudenza romana riscontrasse tale elemento nella materiale apprensione della cosa, per cui occorreva prendere nelle mani la cosa mobile (*contrectatio*), entrare nel fondo. Paolo stesso nel fr. 3, § 1 cit. dice non essere necessario per chi vuole acquistare il possesso di un fondo «ut omnes glebas circumambulet, *sed sufficit quamlibet partem eius fundi in*

---

in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum». Non parmi che siavi ragione per trattare diversamente la gemma congiunta all'anello dagli *emblemata phialae:* per cui o si ammette che qui siavi il ricordo di qualche opinione antica e superata, ovvero si ammette qui pure una interpolazione, che nel diritto giustinianeo deve restringersi alla ipotesi indicata.

(1) Fr. 3, § 1 D. *h. t.* Cfr. Paul., *Sent.*, 5, 2, § 1. fr. 8 *h. t.*, ecc.

(2) Savigny: *Besitz.* §§ 14-19: Ihering, *Besitzschutz*, X e XII: Pininski, *der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes.*

troire (1): Celso in un caso particolarissimo ammette bastare che l'alienante nella vicinanza del fondo gliene faccia la dimostrazione e gli affermi che l'ingresso è libero da ogni ostacolo (2). Pei mobili si ritenne che bastasse il *ponere in conspectu* senza bisogno di una materiale apprensione: « non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem sed *etiam oculis et affectu* et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi si *in re praesenti* consenserint: et vina tradita videri, cum claves (3) cellae vinariae emptori traditae fuerint » (4).

---

(1) Per tale *ingresso* cfr. fr. 33, fr. 34 pr., fr. 41 (« non eo animo *ingressus* est, *ut possideat*, licet CORPORE *in fundo sit* ») *h. t.* Cfr. fr. 77 D. 6, 1; « proponebatur quod etiam *in eo agro* qui donabatur *fuisset*, cum epistula emitteretur: quae *res sufficiebat ad traditam possessionem* » fr. 78, § 1 D. 18,1; fr. 12 e 18 pr. D. 43, 16; c. 12 pr. C. 4, 38; c. 7 C. 7, 32.

(2) Ciò avviene quando l'acquirente possiede già il fondo confinante e *sta su questo* (« in mea turre »), quando l'alienante gli fa vedere il fondo libero da ogni ostacolo: in tal caso il confine tra' due fondi è destinato a cadere e il fondo acquistato a divenire un *locus* dell'altro (fr. 79 pr. D. 46, 3): v. Celso, fr. 18, § 2 D. 41, 2: Kniep, *Vacua poss.*, I, 169 sgg. Notevole è l'espressione celsina: « non minus possidere coepi, quam *si pedem finibus intulissem* ».

(3) « Ita... si claves APUD HORREA traditae sint » ; Pap., fr. 74 D. 18, 1. Del resto il requisito della presenza appare da tutto il contesto.

(4) Giavoleno in fr. 1, § 21 D. *h. t.* È importante che i giuristi stentano a riconoscere qui una tradizione vera e propria (*pro traditis.. haberi*, ecc.). Gaio anzi constata l'assenza di una tradizione *in formis:* fr. 9, § 6 D. 41,1.

Labeone già riteneva sufficiente all'acquisto del possesso di una catasta di legna o di un carico di vino, che queste cose venissero affidate alla custodia di uno incaricato dall'acquirente: la disputa (1) era solo sulla spiegazione da dare: fr. 51 D. *h. t.*

Non è più audace la decisione da Celso (fr. 18, § 2 D. *h. t.*): « si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit ». Niun dubbio che se taluno per voler nostro porta la cosa in

---

Per simili applicazioni v. pure l'importante fr. 43, § 2 D. 47, 2; fr. 31, § 1 D. 39,5; fr. 41 in f. D. 39,6; Paul., 5, 11, § 1. Anche nella nota decisione di Celso, fr. 3, § 12 D. 24, 1 la presenza del coniuge donante è evidentemente presupposta: altrimenti non si comprenderebbe come vi sia quell'atto (cioè la presa di possesso da parte sua) che rimane nell'ombra nella concatenazione degli altri. Le decisioni attinenti al mutuo (fr. 9, § 8 D. 12, 1; fr. 34 pr. D. 17, 1) non si fondano su ciò che il terzo acquisti possesso e proprietà, ma sulla speciale configurazione dell'arricchimento: v. Pernice, *Labeo* III, 1, p. 222 sg. (dove sono anche giuste avvertenze sulle interpolazioni del fr. 9, § 8 cit.). Nel diritto giustinianeo poi è ammesso un rapporto di rappresentanza *in contrahendo*. Male dunque l'Alibrandi, *o. c.*, p. 58.

(1) Labeone si chiedeva se qui vi sia un acquisto *solo animo*, ovvero se « haec ipsa CORPORIS *traditio* sit » (le altre parole credo interpolate). Giavoleno: « in eo puto quaestionem consistere, an, etiamsi *corpore* acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur; nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandatu meo aliquis custodiat: utrobique *corporis* quodam genere possessio erit aestimanda ». Leggo *corporis* col Cuiacio (*Recit. ad Dig.* in *h. l.*): si noti che Giavoleno parla anche del caso, in cui lo stesso acquirente prenda personalmente in consegna la merce.

casa nostra, la cosa è collocata sotto il nostro potere ed affidata a chi la custodisce per noi (1). Proculo ammette che in determinate circostanze, che egli non determina, la fiera caduta nel laccio da noi teso diventi nostra (ciò che implica pure presa di possesso): fr. 55 D. 41, 1. Qui è per il giurista essenziale che la cosa è stata *presa* da noi, cioè mediante l'ordigno da noi posto (2). Più in là di queste decisioni il diritto classico non si è spinto mai (3).

252. Quando taluno si trova di già in rapporto fisico colla cosa (*corporalis possessio, naturalis possessio, κατοχή, corpus*, ecc.), all'acquisto del possesso da parte sua non occorre che l'accedere dell'altro

---

(1) Se il terzo può entrare in casa, è ovvio supporre che questa sia aperta e che quindi siavi qualcuno che riceva la cosa. Ma all'uopo non si esige una materiale contrettazione. L'ipotesi rientra dunque nella precedente. Per questa importanza dell'*inferre in domum* v. fr. 9, § 3 D. 23, 3.

(2) Sulla larghezza di Proculo nell'ammettere l'equipollenza fra ciò che uno fa *suis manibus* e ciò che fa per mezzo di enti irragionevoli; cfr. fr. 11, § 5 D. 9, 2, ecc. Questa maniera romana di considerare il fatto è sfuggita allo Ihering, *l. c.*

(3) Si può decidere se i compilatori, interpolando la c. 1 C. 8, 53(54) di Severo abbiano voluto ritenere che alla *traditio* e quindi alla presa di possesso dei servi donati basti quella dei relativi strumenti di compera. Ma difficilmente essi avevano in proposito una idea chiara. Sulla natura della interpolazione e sull'antica configurazione del testo v. Alibrandi, *Possesso*, pp. 56-57 (v. Pernice, *Alibrandi*, p. 16). Nel caso di *società universale* è da avvertire che, fatto di più patrimonii *un patrimonio solo*, di cui ciascuno socio è rappresentante, la tradizione viene ad essere perfettamente inutile: fr. 1, § 1 D. 17, 2.

elemento dell'*animus:* nè si distingue fra l'acquisto lecito che interviene per la volontà dell'antico possessore (1) e l'acquisto illecito, che avviene contro la volontà di questo per la mutata intenzione di chi teneva la cosa (2).

Questa è la dottrina proculiana prevalsa anco nel diritto giustinianeo e bizantino (3): dissentivano sull'uno (4) e sull'altro punto (5) i sabiniani seguiti

---

(1) Fr. 9, § 5 D. 41, 1 («sine traditione nuda voluntas domini»); fr. 9, § 9 D. 12, 1: «deposui apud te decem: postea permisi tibi uti: Nerva Proculus *etiam ante; quam moveantur*, condicere quasi mutua tibi haec posse... *animo enim coepit possidere*». Fr. 34 pr. D. 17, 1; fr. 9, § 1, 2 D. 6, 2; fr. 62 pr. D. 21,2. In sostanza c'è la *tradizione*, ma non la tradizione formale, il chi spiega le frasi *sine tr. pro tradito habetur*, ecc.

(2) La più grave smentita alle nuove dottrine sulla volontà nel possesso e sulle ragioni della tutela di questo. Cfr. Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto*, p. 16 sgg.; fr. 67 pr. D. 47, 2 (Celso); fr. 20 D. *h. t.* (Marcello); fr. 37 *h. t.* (Nerva): «si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato (tibi concessam) possidere neque reddere constitueris, *confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est*» (pel motivo che il possesso si è acquistato dal detentore infedele). Io stimo errata l'esposizione del Landsberg. *Das furtum des bgl. Bes.*, pp. 133-155.

(3) Sch. τοῦ 'Αγ. e Οὐδείς (*Bas*, V, 451, 520). V. già fra' beritesi Amblico (apud Steph., *Bas.*, II, 601).

(4) Cfr. nel fr. 9, § 9 la frase *etiam antequam moveantur*, che accenna alla controversia, che viene indicata esplicitamente da Stefano (forse sulle traccie di Amblico) sch. ἦσαν *Bas.* II, 601, dove espone pure egregiamente i motivi (ἄρχεσθαι ψυχῇ νέμεσθαι, ἐπειδὴ φυσικὴ παρ' αὐτοῦ προηγήσατο κατοχή). Giuliano (*Africano*, fr. 62 pr. cit.) pare su questo punto d'accordo coi proculiani.

(5) Paolo, fr. 3, § 18 *h. t.* «si (rem apud te depositam)

da Paolo, che esigevano una rinnovazione del *corpus*. un atto di contrettazione materiale, di regola (1) una locomozione della cosa, se mobile.

253. Circa l'*animus* occorrente all'acquisto possiamo rinviare a quanto si è detto in genere circa l'*animus* nel possesso: cfr. fr. 41 *h. t.* (2). È chiaro che chi non è capace di volere non è capace di acquistare il possesso. Tuttavia *utilitatis causa* e cioè per la necessità delle cose si ammette che il pupillo infante possa acquistare il possesso, accedendo l'*autoritas* del tutore (3): fr. 1, § 3 *h. t.* dove

---

loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur ». Cfr. lo stesso Paolo, fr. 1, § 2 D. 47, 2. Lecita o illecita è secondo i casi l'occupazione del tesoro (secondo che si tratti o no di tesoro in senso tecnico) incluso nel proprio fondo. Proculo e Nerazio si spingevano qui pure a ritenere sufficiente che il possessore del fondo sapesse il luogo del nascondimento e manifestasse il «*possidendi affectum*, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet». Sabino esigeva qui pure (e qui a maggior ragione) un *loco movere:* fr. 3, § 3 *h. t.*

(1) Celso, fr. 67 pr. D. 47, 2 suppone che, se il depositario ha già in dito l'anello depositato, anche gli avversari concedano che basti una semplice manifestazione dell'*animus rem sibi habendi* per invertire il possesso e dar corpo al furto.

(2) Fr. 34 pr. *h. t.*: « si me in vacuam possessionem fundi corneliani miseris, ego putarem me in fundum sempronianum missum et in cornelianum iero, non adquiram possessionem ».

(3) L'*auctoritas* non può applicarsi di regola che agli atti del pupillo *infantia maior:* v. avanti. Cfr. fr. 32, § 2 *h. t.*: « utilitatis enim causa hoc receptum est; nam alio-

s'insegna: «etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum.... quae sententia recipi potest si ĕius aetatis sint, ut intellectum capiant». Nel caso di infante l'artificioso sistema conduce a ritenere che il *corpus* venga posto in essere dall'infante medesimo (1), e che il tutore supplisca l'*animus* (v. i fr. cit.).

254. Gaio (2,89) c'insegna che «per eos quos in potestate habemus adquiritur nobis... possessio»: lo stesso per mezzo di colui «qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit, sive alienus servus», purchè l'acquisto derivi «ex re nostra vel ex operis suis» (2).

---

quin (cioè considerando le cose secondo la loro realtà) nullus consensus est infantis accipiendi possessionem» (e manca quindi la base per l'*auctoritas*). Per un simile ripiego cfr. fr. 67 (65), § 3 D. 36, 1. V. poi fr. 4, § 2 D. 41, 3.

(1) Questo e non più dice la c. 3 C. 7, 32: «donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita CORPORE quaeritur». Questa apprensione da parte dell'infante basta a procurargli il possesso, *licet animi plenus non fuisset affectus*, supplendosi l'*animus* mercè l'intervento del tutore. «Altrimenti — così traduco la chiusa — (e cioè ove non si ammetta che il *corpus* sia posto efficacemente in atto dell'infante) non si potrebbe far acquistare il possesso all'infante, neppure coll'intervento del tutore». Alibrandi, *o. c.*, p. 78 sg. stima interpolata la costituzione; ma non parmi. V. poi Savigny, *Besitz*, § 21. Puchta, *Rhein. Museum*, V. 33 sg. Vangerow, *Pand.*, I, p. 365 sg.

(2) *Ib.* § 92. Si noti quanto si legge nel § 90: «an autem possessio adquiratur (per eas personas, quas in manu mancipiove habemus) quaeri solet; *quia ipsas non possidemus*»: e questo si legge nel § 94 «de illo quaeritur

Al principio dell'impero cominciò ad affacciarsi il dubbio, se il possesso si potesse acquistare per mezzo del *procurator omnium bonorum* (*procurator* in senso tecnico), ossia per mezzo di colui che avendo la generale amministrazione mette tutta la sua attività in modo duraturo al servizio del principale. ed appare in certa guisa l'organo economico della sua azienda (1). La cosa era tuttavia incerta a' tempi di Traiano (2). Nel diritto giustinianeo si può acquistare il possesso per ogni *libera persona:* ossia anche per mezzo di un mandatario speciale (3)

---

an per eum servum, in quo usumfructum habemus; possidere aliquam rem et usucapere possimus, *quia ipsum non possidemus* ». Pure non si possiedono i figli *in potestate* e l'acquisto del possesso per mezzo loro non sembra essere mai stato controverso. Paolo argomenta appunto da ciò per ritenere che si acquisti il possesso per mezzo del servo in usufrutto (« ex re nostra vel ex operis suis ») fr. 1, § 8 *h. t.*

(1) Cfr. *supra:* v. Schlossmann, *Besitzerwerb,* p. 89 sg. colle avvertenze di Scialoja nella sua recensione (*Cultura*, II).

(2) Nerazio, fr. 41 D. 41, 3: « per procuratorem possessionem apisci nos *iam fere conveniat* ». Anche Gaio, che è di solito in arretrato nel dare notizie delle controversie crede la questione tuttavia aperta: 2, 95: « per extraneam personam nobis adquiri non posse, tantum de possessione quaeritur an pe[r procuratorem] nobis adquiratur ». La lettura qui riportata è a mio avviso l'unica che si concilii col senso e collo spazio della lacuna (pe[r pcurem]). La controversia è ad ogni modo risoluta ai tempi di Paolo, *Sent*, 5, 2, 2: « sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est ». Nei Digesti poi sono frequentissime le applicazioni.

(3) Quanto fosse da ciò alieno il pensiero de' classici prova il fr. 51 *h. t.* già da noi illustrato: Schlossmann, *o. c.* p. 158.

o di un *negotiorum gestor* (1). Si comprende pertanto come nel diritto classico anche tutore e curatore non potessero acquistare il possesso pei loro amministrati (2): mentre ciò è diventato possibile nel diritto giustinianeo (3). Lo stesso ripetasi a proposito degli amministratori delle città e delle corporazioni (4).

255. Chi presta ministero nell'acquisto del pos-

---

(1) La cosa è dichiarata in § 5 I. 2, 9. Varie interpolazioni ne dipendono: ad es. fr. 14, § 17 D. 47,2: fr. 20, § 2 D. 41, 1 («placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse»: si comprende che fosse «per procuratorem omnium rerum» Kniep, *Vacua poss.*, p. 221): fr. 53 *ib.*: c. 1 C. 7, 32: fr. 11, § 6 D. 13,7, ecc.

(2) Se fosse stato possibile, non si sarebbe ricorso allo strano spediente di fare intervenire l'*auctoritas* del tutore nell'acquisto del possesso da parte dell'*infans*. Paolo infatti non conosce affatto questa possibilità (*l. c.*): l'unica eccezione a lui nota è quella del *procurator*. Costantino pure (c. 2 C. Th. 8, 12 — in parte c. 26 C. I. 8, 53 (54), l'ignora evidentemente, suggerendo il ripiego di far agire il *servo* dell'infante: cfr. fr. 28 D. 41, 3: fr. 1, § 5 D. *h. t.*

(3) Mediante interpolazioni: fr. 1, § 20 *h. t.*: «per procuratorem (tutorem curatoremve) possessio nobis adquiritur»: fr. 13, § 1 D. 41, 1 (il testo originario dovea dire *nec enim tutor*, ecc.): fr. 11, § 6 D. 13, 7 che è notoriamente in più modi interpolato. Un accenno a questo punto è in Alibrandi, *Possesso*, p. 76 sgg.

(4) Il diritto classico qui pure si valeva dei *servi*: Ulp., 22, 5. L'interpolazione nel fr. 2 *h. t.* contradditorio al fr. 1, § ult. *ib.* è già stata rilevata: Alibrandi. p. 80; Kniep, *o. c.*, p. 232. (Nel fr. 7, § 3 D. 10, 4 dove ora si legge *nam et* si doveva leggere *quamvis nec* e il senso corre assai meglio; noto anche che ne' paragrafi vicini si parla sempre di mancanza di *possessio*)

sesso deve essere naturalmente capace di aquistarlo(1) deve inoltre volerlo acquistare al rappresentato (2). L'unica eccezione è quella de' servi in fuga, per mezzo de' quali (sebbene certo non vogliano acquistare pe' padroni) si può acquistare il possesso: tale almeno è l'opinione sabiniana che ha *utilitatis causa* trionfato sulla proculiana (3).

Occorre poi in linea di principio, che il rappresentato *voglia* acquistare il possesso per ministero del rappresentante. Però le persone soggette « ex causa peculiari » acquistano il possesso al principale sebbene ignorante, infante, pazzo o altrimenti incapace di volere (persona collettiva): taluni giuristi vedono la ragione di ciò in una previa manifestazione dell'*animus* insita nella concessione del peculio (4) (artificiosa spiegazione. che poi ripugna a parecchie delle ipotesi accennate): altri (5) più francamente

---

(1) Fr. 1, § 9 *h. t.*: « ille, per quem volumus possidere talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi ». Dunque « si furiosum servum miseris, ut possideas, nequa quam videris adprehendisse possessionem » (*ib.* § 19). Pos siamo valerci invece del servo impubere, purchè *infan tia maior* (*ib:* § 11 parzialmente interp.).

(2) V. pe' servi fr. 1, § 19 *h. t.*: pel *procurator*, § 20 *ib.* Una tradizione fatta al rappresentante in vista del rappresentato non ha veruna efficacia, se il primo intende di acquistare per sè o per un terzo: fr. 37, § 6 D. 41, 1. Pel diritto giustinianeo almeno in caso di *traditio donandi causa* deve per eccezione (sch. *in Bas.* Hb. IV 194) stimarsi valida la tradizione nel senso della volontà del tradente: v. l'interpolato fr. 13 D. 39, 5 (Alibrandi, *o. c.*, p. 72 sgg.).

(3) Fr. 1, § 14 *h. t.*

(4) Fr. 1, § 5 *h. t.*

(5) Fr. 44, § 1 *h. t.*

confessano la *causa utilitatis.* La vera ragione sta in ciò, che l'acquisto si opera a favore del *paterfamilias* perchè esso riassume tutta la funzione patrimoniale de' suoi soggetti e la rappresenta. Ma « si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, *scientiam quidem domini esse necessariam*, sed corpore servi quaeri possessionem »: fr. 44, § 1 cit.

Rispetto al *procurator*, è spesso affermato che il possesso si acquista per mezzo suo al principale *etiam ignoranti* (1). Questo però va inteso senza che il domino abbia già dato il suo assenso o incarico per l'acquisto e solo ignori quando la cosa venga effettivamente nel potere del *procurator*: negli altri casi l'acquisto non si compie, se non quando il principale conosca ed approvi l'operato del suo procuratore (2). Pur nella prima ipotesi l'usucapione non si inizia che dal momento della *scientia* (3).

256. Diverso è dunque il trattamento dell'acquisto *ex peculiari causa* da parte dei soggetti e quello degli altri casi, in cui si può acquistare il possesso per altrui ministero. Nel primo caso l'acquisto in sostanza è fatto dal soggetto (4) ed è solo una ra-

---

(1) L'affermazione si ha già in principio del terzo secolo: Kniep, *Vac. poss.*, p. 242 sg. Nel diritto nuovo il principio è esteso ad ogni *libera persona*: c. 1 C. 7, 32. V. fr. 49, § 2 D *h. t.* e fr. 47 D. 41, 3.

(2) « Quod si sua sponte (procurator) emerit, nonnisi ratam habuerit dominus emptionem (illi possessionem adquirit) »: fr. 42, § 1 *h. t.* Cfr. Paul., 5, 2, 2; fr. 24 D. 3, 5.

(3) V. i passi citati.

(4) Fr. 3, § 12: « videmus eas (res) *eorundem et animo et corpore possidere* ». Bene a ragione abbiamo dunque respinto ogni argomento che dal fr. 44, § 4 D. 41, 3 si vuole

gione giuridica che ne proietta l'efficacia nel *paterfamilias*; nel secondo caso l'acquisto è proprio fatto dal principale per opera altrui. Occorre che questa non sia in contraddizione colla intenzione di quello; ma questa deve pur esserci in ogni modo. Un *errore* del *procurator*, che pensi ad es. di essere immesso nel fondo corneliano mentre lo è nel semproniano, non nuoce all'acquisto del possesso, se il principale non erri (voglia cioè acquistare appunto il fondo semproniano) (1). È ovvio per le cose dette che il contrario deve dirsi nella ipotesi invertita (2).

257. Un'applicazione de' principii accennati si suole indicare nel così detto «*costituto possessorio*» (3): essa si fonda in ispecie su un noto passo di Celso, fr. 18 pr. D. *h. t.*: «quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere *et alium possessorem ministerio meo facio*». Non pare che per tal modo si potessero (4) eccedere i limiti

---

dedurre contro la dottrina dell' *animus possidendi*. Cfr. pure fr. 12 D. 18, 1.

(1) Fr. 34, § 1 *h. t.*

(2) Nel citato fr. 34, § 1 le parole: «et cum placeat ignoranti adquiri, poterit, et erranti» non sono genuine (cfr. Alibrandi, *o. c.*, p. 76): si disconosce affatto la vera portata del principio *ignoranti adquiri posse*.

(3) Savigny, *Besitz*, § 27, ecc. Il nome è dedotto dal fr. 17, § 1 *h. t.*: «Possessio recedit, *ut quisque constituit nolle possidere*».

(4) Il principio del passo può avere ricevuto una espressione più generale per opera de' compilatori: Kniep, *Vacua poss.*, p. 324. Si cita anche il fr. 77 D. 6, 1 (Ulp.): «quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessio

ordinarii nell'acquisto del possesso per opera di rappresentante; dal seguito del passo risulta infatti che il giurista pensava al *procurator*.

258. Il possesso si perde se o il soggetto o l'oggetto periscono o diventano giuridicamente inetti al rapporto possessorio. Così se ad es. il possessore diventa servo o se l'oggetto esce dall'umano commercio (1) o perde la sua giuridica autonomia (2) o

---

nem veluti per colonum». Il passo non è in accordo col diritto del tempo circa le donazioni e urta contro la regola che «rei suae conductio consistere nequit»: è inesplicabile poi di fronte ad altre decisioni (fr. 48 D. *h. t.*). È notevole come la sua esplicazione nel senso di un costituto possessorio venga accentuata dai bizantini: Stef., sch. 171 *in Suppl. Bas.*, p. 32 sg. Non parmi quindi audace il credere (cfr. del resto anche Kniep., *l. c.*, p. 335) che sia stato almeno per via di omissioni alterato. Si avverta che ancora nel 415 viene stabilito «ne ususfructus exceptio pro traditione possit intellegi» (c. 8 pr. C. Th. 8, 12); ora la deduzione dell'usufrutto per l'alienante è qualche cosa di più che non la *conductio*. Solo nel 417 (c. 9 *ib.*) viene ordinato la prima volta il contrario: «quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando vel vendendo usumfructum eius retinuerit... eam continuo tradidisse credatur: ne quid amplius requiratur quo magis videatur facta traditio; sed omnimodo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere» (cfr. c. 28 e c. 35, § 5 C. 8, 53 (54) Pel *colono* poi non è senza importanza rilevare quanto scrive Paolo: «quod per colonum possideo, heres meus, *nisi ipse nactus possessionem*, NON POTERIT *possidere*»: fr. 30, § 5 *h. t.* Il fatto che taluno come colono vuol stare per noi sul fondo non basta dunque a farci possessori!

(1) «Desinimus possidere.. si.. servum manumittamus» fr. 30, § 4 *h. t.*

(2) Cfr. sopra.

viene specificato (1). Prescindendo da questi casi, il possesso tramonta quando sorga un fatto contrario ad uno dei due elementi che lo costituiscono: « possessionem amitti vel animo vel etiam corpore » (2).

259. Nei *mobili* la regola appare con maggiore evidenza. Cessa il possesso *corpore* tutte le volte, che, qualunque sia l'*animo* del possessore, il rapporto colla cosa è alterato in guisa, da non potersi ravvisare questa come subordinata all'azione ed ai fini di quello. Quindi cessa il possesso di una *res mobilis* o perchè dessa viene tolta da quella posizione, in cui essa è stata collocata per essere assicurata a noi o — se la cosa per sua natura o funzione a ciò non si presta (*custodia*) — se non è più nel poter nostro il richiamarla alla materiale detenzione (3).

---

(1) « Desinimus possidere.. si quod possidebam in aliam speciem translatum est, veluti vestimentum ex lana factum », fr. 30, § 4 *cit.*

(2) Fr. 44. § 2 *h. t.* Paolo: « ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque actum est »: fr. 8 *h. t.* (= 153 D. 50, 17). *Utrumque* cioè « contro l'uno o contro l'altro o contro entrambi » (cfr. lo stesso Paolo, fr. 10, § 13 D. 38, 10). Che tale fosse il pensiero pauliano, appare anche dal fr. 3, § 6 *h. t.* Cfr. del resto Savigny, *o. c.*, § 30: Alibrandi, p. 62 sg. La generalità delle espressioni mi vieta di accogliere l'opinione confortata dalla rubrica (65 l. *ad edictum*) che Paolo discorra di qualche caso particolare nella perdita del possesso de' fondi (Lenel, *Ed.*, p. 370). Troppo sottile è il tentativo di Kniep, *Vacua. poss.*, §§ 28 sg. (p. 128 sg.).

(3) « Nerva filius res mobiles — quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, *item* quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus »: fr. 3, § 13

Quindi se la cosa viene rubata o rapita (1), se va smarrita (2), se l'animale selvatico recupera la naturale libertà (3) o se l'addomesticato perde l'abitudine del ritorno (4) o se la cosa va a capitare in luogo non accessibile (5), il possesso è perduto. Il servo fuggitivo, finchè non sia occupato da alcuno, rimane nel possesso del domino e per mezzo suo rimangono nel possesso anche le cose che asporti seco nella fuga ed entrano nel possesso quelle che *ex causa peculiari* venga acquistando (6). De' mo-

---

h. t. (*item* per *idem* di varii codici: *idest* ha la fiorentina: Savigny, § 31).

(1) « Rem quae nobis subrepta est perinde intellegimur desinere possidere atque eam quae vi nobis erepta est »: fr. 15 pr. *h. t.*

(2) « Pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri »: fr. 3, § 13 *h. t.* « Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere »: fr. 25 pr. *ib.* La cosa non si ha come smarrita, se è *sub custodia*, ma non si sa al momento dove sia collocata; « dissimiliter — prosegue il § 13 cit. — atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, *quia praesentia eius sit* » (cioè essa è collocata in modo da restare assicurata ai nostri bisogni) et tantum cessat interim diligens inquisitio »; cfr. fr. 44 pr. *h. t.*

(3) Cfr. fr. 3, § 2; fr. 5 pr. D. 41, 1. La *naturale libertà* hanno anche le fiere vaganti liberamente in un vasto parco, sebbene cintato o i pesci gettati in uno stagno: non così le fiere incluse in un vivaio o i pesci messi in un piccolo serbatoio: fr. 3, § 14, 15 *h. t.*

(4) Fr. 3, § 15, 16 *h. t.*

(5) Fr. 13 pr. *h. t.*

(6) Fr. 3, § 13 *h. t.* V. però la limitazione nel § 10 *ibid.*, fr. 15 *h. t.* La ragione qui data è la seguente. Il servo si distingue dalle altre *cose* perchè ha una *volontà*;

bili può perdersi il possesso anche per un semplice atto di volontà (1), purchè esteriormente documentato.

260. Più complicate sono le regole circa gli immobili. La ragione della differenza sta in ciò che questi non si possono mettere in una data situazione che corrisponda ai fini di chi ne intende di disporre: bisogna pur tenere conto della impossibilità di adibire sempre la custodia (2) o di mantenere la cosa in modo da ricostituirla ove occorra nella detenzione materiale. Lo stabile si possiede quindi, sebbene si sia pel momento abbandonato, sebbene sia lontano, sebbene sia forse temporaneamente per le condizioni dei luoghi inaccessibile; purchè si conservi la volontà di tenerlo al proprio servigio. Appunto perchè qui è la volontà quella che decide in modo speciale per la conservazione del possesso, discorrono i Romani di un possesso conservato *nudo animo* o *solo animo* (3).

---

ma questa volontà si ignora di proposito, quando è contraria alla collocazione economica e giuridica del servo stesso. La motivazione è migliore di quella del fr. 47 *h. t.* che si aiuta col supporre il perdurare dell'*animus revertendi* nonostante la fuga. Si oppone lo stesso concetto di *fugitivus:* fr. 17 pr. D. 21, 1.

(1) Fr. 30, § 4 *h. t.* (v. *si aut nolimus*).

(2) La *custodia* è concepibile anche per gli immobili (Ferrini, *Commodato*, cap. 3); ma non sempre possibile.

(3) Gai., 4, 153: «quin etiam plerique putant animo quoque (retine)ri possessio(nem, idest, ut, quamvis neque ipsi simus in possessione) neque nostro nomine alius, tamen si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversuri inde discesserimus, possessionem retinere videamur»: fr. 27 *h. t.*; fr. 1, § 25 D. 43, 16: «quod vulgo dicitur, aestivorum hibernorumque saltum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere; nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente

Da ciò essi hanno derivato, che l'occupazione clandestina dell'immobile abbandonato temporaneamente non toglie il possesso, che è mantenuto *animo* (1). Il possesso non si perde che o colla rinuncia a rioccupare lo stabile o colla ripulsa nel tentativo di rioccuparlo (2); il tentativo di riafferrare il *corpus* fa

---

recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est»; fr. 44 i. f. e 45 *h. t.*; fr. 3, § 11 *ib.* Paul., 5, 2, 1. Un'applicazione alle *ville suburbane* nell'indice greco delle *Istituzioni*, IV, 15, § 5. È verosimile che dalla esigenza di un *animus* positivo diretto a *voler conservare* il possesso (e compensante colla sua energia la deficienza del *corpus*) si procedesse fino ad accontentarsi di un *animus* meramente negativo, ossia purchè non ci fosse l'*animus ne possideremus*. Cfr. Kniep, *Vacua poss.*, § 26. È chiaro che tutto ciò si riferisce a predii lontani, lasciati per un tempo considerevole e forse temporaneamente inaccessibili: per gli altri casi di assenza non si può negare il *corpus* attivo.

(1) Labeone era di contrario avviso: fr. 6, § 1 *h. t.* Infatti egli reputa che *possieda clam* chi si è introdotto nello stabile da nessuno occupato, mentre il possessore antico era venuto a Roma pel mercato. È noto come Labeone sia avversario del *doppio possesso*: devesi quindi ritenere che per lui il possesso del secondo sia andato perduto. Anche Celso è di questo avviso: fr. 18, § 3, D. *h. t.* Già in Pomponio troviamo la nuova dottrina: fr. 25, § 2 *h. t.*: «quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut, potior sit illius corporalis possessio, quod *quidem* magis probatur». Leggo *quidem* per *quasi* col Riccobono (*Proposta di emendazione* dal *Bull. Ist. D. R.*, VI, 5). L'emendazione *Quinto Mucio* non ha valore. Nello stesso senso Paolo, fr. 3, § 7 e Papiniano, fr. 46 *h. t.* («non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur»).

(2) ll. cc. e fr. 7 *h. t.* V. sul modo di intendere questo punto il Bruns, *Besitzsklagen*, pp. 140-155.

cessare le caratteristiche del possesso mantenuto *nudo animo*.

Il possesso degli immobili tenuto *corpore* si perde invece ne' modi ordinarii. Si perde *animo* (1) o *corpore* (2), specialmente in caso di violenta espulsione o di fuga per timore (3) e in caso di tradizione (4).

---

(1) Fr. 3, § 6 D. *h. t.* «... si in fundo sis et tamen nolis eum possidere; protinus amittes possessionem».

(2) Fr. 33, § 2 D. 41, 3; fr. 1, § 29 3, § 6 D. 43, 16. Paul., 5, 6. 4.

(3) L'abbandono temporaneo di un fondo per timore di guerre o simili eventi non toglie il possesso: c. 4 C. 7,32. Non così se uno fugge nella previsione che un altro occuperà il fondo, giacchè qui vi ha l'*adfectio derelinquendi possessionem* (e cioè al terzo occupante). Alla perdita del possesso *corpore* va dunque unito l'elemento dell'*animus* in molti casi (non necessariamente, ad es. in fattispecie come quella del fr. 30, § 3 *h. t.*; cfr. fr. 3, § 17 *ib.*): v. Papin., fr. 24, § 2 *h. t.* «eius, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti *vel* animo, *vel etiam* corpore si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus»: cfr. Alibrandi, p. 94. Le varie decisioni delle fonti (Savigny, § 31) non concernono il problema se il possesso sia o no andato perduto, ma se ci fu o no la *vis*. Nel fr. 33, § 2 D. 41, 3 va letto *vi deiectus*, non *videri*, come hanno i *Basilici*, 50, 3, 33 (V, 60).

(4) Controversie circa la tradiziono a un incapace indicano i fr. 18, § 1 e 34 pr. *h. t.* Alcuni ritenevano che non andassse perduto il possesso, quasi che la volontà di cedere fosse condizionata («quodammodo sub condicione recessit de possessione»): altri, e sovratutto Celso, trovavano «ridiculum... dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre». La prima opinione deve stimarsi prevalente pel diritto giustinianeo.

Se il possesso è esercitato per mezzo di rappresentante, è da notare che può andare perduto come quello esercitato *corpore proprio* per l'estrinsecazione di un *contrarius animus;* non va perduto se il rapprentato è scacciato da un terzo, se rimane chi lo rappresenta (1). Se il rappresentante sostituisce altri a sè stesso nel rapporto di rappresentanza il possesso è conservato (2).

261. Va perduto poi il possesso:

a) A pro del rappresentante, se questi che ha già la detenzione di una cosa mobile, estrinseca l'*animus sibi possidendi.* Tale è la teoria proculiana che sembra prevalente nel diritto giustinianeo; *veteres,* i sabiniani e Paolo esigevano ancora un atto particolare di *contrectatio* (3). Per gli immobili lo stesso avviene, qualora almeno il rappresentante faccia ad estrinsecazione dell'*animus* qualche atto di disposizione della cosa (4).

---

(1) Fr. 1, § 45 D. 43, 16: «si quis me vi deiecerit, *meos non deiecerit... per eos retineo possessionem,* qui deiecti non sunt».

(2) Subaffitto: fr. 25, § 1 *h. t.;* fr. 30, § 6 *ib.* Subcommodato e deposito da parte del depositario; § 6 *cit.*

(3) V. *supra.* Come ciò non possa avvenire quando il possesso è tenuto per mezzo di un servo, si è già dichiarato.

(4) «Condempnatum furti colonum, qui fundo quem conduxerat vendito, possessione eius dominum intervertisset»: Sabino, *apud Gell.* N. A. 11, 18, § 13. Un atto di disposizione si ha ad es. se il colono mancipa il fondo al terzo e senza farne la tradizione lo assume in locazione da lui (fr. 32, § 1 *h. t.*); qui il possesso è mantenuto al rappresentante, perchè a lui pure si continua a pagare la mercede, sicchè il colono non estrinseca l'*animus rem sibi habendi,* ma ordisce solo una frode a danno del terzo:

b) A pro di un terzo, che occupi la cosa, rimovendone — ove occorra — il rappresentante. Cfr. fr. 44 § 2, *h. t.*: « eius vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur..... amitti possessionem... si eam alius ingressus fuisset, *eamque amitti nobis quoque ignorantibus* ».

c) Per venir meno della rappresentanza. Abbastanza presto fu deciso che pel solo fatto della morte del rappresentante non venisse meno il possesso del rappresentato (1). Lo stesso in caso di pazzia del rappresentante (2). Se poi il rappresentante abbandona la cosa, non c'è dubbio che, se è mobile, va perduto il possesso pel noto principio della *omissa custodia;* se è immobile, era disputa fra le due scuole. I sabiniani ritenevano conservato il possesso solo quando il rappresentante non abbandonasse la cosa *deserendi animo:* in tale ipotesi essi vedevano spezzati i vincoli della rappresentanza (3); i procu-

« si... UTRIQUE mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet » (poichè non si è scosso il normale rapporto di rappresentanza). Non occorre dunque la presa effettiva di possesso da parte del terzo (il fr. 44, § 2 *h. t.* non si riferisce a questa ipotesi).

(1) Labeone ancora si valeva del *corpus* dello *heres coloni* per mantenere il possesso al locatore (fr. 60, § 1 D. 19,2). Africano ammette senz'altro il perdurare il possesso *utilitatis causa*, purchè il rappresentato non negliga di riprendere la cosa (fr. 40, § 1 *h. t.*: il passo è guasto). Si applicò anche a questo caso il concetto di possesso ritenuto *solo animo* fr. 3, § 8 *h. t.* Un esame de' passi citati è nello Kniep, *Vacua poss.*, 1, 42 sgg.

(2) Fr. 25, § 1 *h. t.*

(3) « aliud existimandum ait (Iulianus: e cioè *perdersi il possesso*), si colonus *sponte possessione discesserit* » fr. 40, § 1 *h. t.* Cfr. Pomponio, *ad Sabinum*, fr. 31 *h. t.* ove

liani (1) si aiutavano anche in questo caso colla conservazione *nudo animo* del possesso, che andava perduto solo per la occupazione da parte di un terzo. Tale opinione fu accolta da Giustiniano (2).

262. Il diritto romano ha rimedii per difendere contro chi lo turba il possesso esistente e per ricuperare il possesso indebitamente tolto. A tale funzione servono *direttamente* alcuni interdetti, che si dicono appunto *retinendae* o *reciperandae possessionis*.

263. Per gli immobili serviva quale *interdictum retinendae possessionis* già anticamente l'*interdictum uti possidetis* così chiamato dalle parole, con cui comincia (3). Nel diritto giustinianeo « non est necesse

---

si esige per mantenere il possesso, che « colonus non *deserendae possessionis causa* exiisset de fundo »: v. l'esplicita citazione de' *libri sabiniani* in c. ult. C. 7,32.

(1) Proculo (fr. 31 D. 4. 3): « cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio non ammittitur ». Qui cade il fr. 44, § 2 cit. (« non aliter... quam si eum alius ingressus fuisset »). Cfr. fr. 3, § 8 *h. t.*

(2) C. 12 C. 7,32. Che Giustiniano poi volesse perfino ritenere conservato il possesso anche quando un terzo in seguito alla deserzione del rappresentante occupasse la cosa, non resulta dalla costituzione, che si richiama esplicitamente all'antica controversia, di cui ci sono noti i limiti, ed è per sè incredibile. Tuttavia v. in tal senso Savigny, *Bes.*, § 33 *sub fin.*; Meischeider, *Besitz*, p. 351. La corretta opinione è in Alibrandi, *o. c.*, p. 88; Kniep, *o. c.*, 1, 40.

(3) La più antica formola è in Festo, v. *Possessio*; quella della redazione giulianea nel fr. 1 pr. D. 43,17 (cfr. Gai., 4, 160). Ecco la seconda: « uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto ». Tale interdetto veniva pronunciato fra le parti dal magistrato

reddi interdictum, sed perinde indicatur sine interdictis, atque si utilis actio *ex causa interdicti* reddita fuisset»: § 8. I. 4,15: cioè su *quello stesso fondamento e per quelle stesse ragioni*, per cui una volta si emetteva l'interdetto (che mediatamente conduceva alla condanna), ora si può agire diretta-

---

esso conteneva la proibizione di qualuque turbativa dello stato attuale del possesso. Se dopo la pronuncia una turbativa si verificava, si addiveniva a reciproche sponsioni tra le parti, sulle quali si apriva un giudizio, che doveva implicitamente risolvere la questione del possesso. Anzi molte volte le parti subito dopo la pronuncia per accelerare la decisione compievano un atto *formale* di turbativa (*vis ex conventu* : cfr. Gai., 4, 170 ; Krüger, *Krit. Versuche*, p. 83 sg. e in modo a mio credere persuasivo Bruns, *Besitzklagen*, § 5, p. 34 sgg.). Mentre dura questo giudizio il possesso si lascia alla parte che vince nella *licitatio fructuum*, «si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut, si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat» (Gai., 4, 166). L'avversario potrebbe invece omettere tale stipulazione e riserbarsi di agire (se vincitore nella questione del possesso) con apposito giudizio (*iudicium fructuarium, ib.* § 169), con cu domanda la riparazione di tutto il danno derivatogli dall'essere stato nel frattempo privo dei *commoda possessionis* (Lenel, *E. P.* p. 380). In base alla sentenza relativa alle *sponsiones*, con un giudizio consequenziale (*iud. secutorium*, detto anche *Cascellianum* : Gai., 4, 166*a*) il giudice pronuncia anche direttamente sul possesso. Se poi dopo la pronuncia dell'interdetto una parte si rifiuta o alla *vis* formale o alla *licitatio fructuum*, ecc., il pretore su richiesta dell'altra parte emana un secondo interdetto, in base al quale la questione possessoria è risoluta (ove le cose siano veramente nel senso affermato) a favore della parte istante: Gai., 4,170.

mente (1): lo studio dunque dell'*interdetto* quale era nella procedura formulare, illustra il compito della nuova c. d. *actio utilis*. Essenziale nell'interdetto è il divieto di « vim fieri.... quominus possideatis, uti possidetis » (cioè come l'uno o l'altro di voi possiede). Il suo scopo è dunque di impedire *le future molestie* del possesso (2): qui *vis* è da intendere con discrezione: è tale qualunque atto che contro il divieto interdittale non rispetti lo stato attuale del possesso. Sicchè i requisiti dell'interdetto sono:

a) Un pericolo oggettivamente riconoscibile di turbative.

b) La relazione di tali turbative col *possesso* come tale.

c) Turbative temute per l'avvenire, non compiutesi nel passato (3).

Non occorre che il possesso sia già stato turbato: se lo fu, ciò avrà importanza solo in quanto com-

---

(1) Su questo punto Bruns, *Besitzklagen*, p. 54 sgg. Anche l'Indice greco parla di azioni ἀντὶ τῶν *interdict.* ἐγγυμναζόμεναι.

(2) Praticamente una delle più importanti funzioni dell'interdetto è quella di decidere chi sia attualmente possessore, ciò che serve ad ordinare le parti pel futuro petitorio (fr. 1, § 3 D. 43, 17). Ma è erroneo il credere che tale sia l'esclusiva funzione di esso o anche che per tale scopo l'interdetto sia creato. Nulla ha che vedere questo interdetto coll'antico regolamento delle *vindiciae* nella *legis a° sacramento in rem*, con cui troppo spesso fu messo in relazione (Ihering, *Besitzsschutz*, p. 76, Alibrandi, *poss.*, p. 142 sg.): v. le importanti osservazioni del Bruns *Besitzklagen*, p. 18 sgg. Si potrebbe perfino osservare che un'analogia delle *vindiciae* occorre in questo stesso interdetto mercè la *fructuum licitatio*.

(3) Bruns, *o. c.*, § 9.

prova il pericolo che lo possa essere nuovamente in futuro, e questa è la ragione per cui di regola non si ricorre all'interdetto, se non in base a turbative già verificate. e molti simili esempii offrono le fonti. Ma che turbative siano precedute, non è in tesi assoluta necessario e tanto meno è necessario che in quelle avvenute si riscontri dolo o colpa o intenzione di turbare il possesso (1). Il pericolo di tali turbative vi ha certo, quando l'altra parte afferma di avere essa il possesso, di potere o voler fare certi atti, che sarebbero in pregiudizio del mio attuale possesso, ecc. (2).

La turbativa deve essere rivolta contro il possesso (3): non contro la persona, *come tale*, del possessore, ecc.

Contro i fatti compiuti l'interdetto non serve: p. es. se l'*auctor vicini* « vites in suas arbores transduxit »: piuttosto io avrò il diritto, previa denunzia, di *praecidere vites*. che hanno radice nel fondo che possiedo: se egli si oppone, allora veramente mi turba nell'esercizio del possesso e contro tali

---

(1) A tanto si viene colla vecchia dottrina accolta largamente dal Savigny (*Besitz*, § 37), che sostanzialmente le azioni possessorie siano azioni *ex delicto*. Ma dalla formola dell'interdetto non si rileva che il divieto di *vim facere* pel futuro: la *vis* passata ha così poca rilevanza, chi occorre rinnovarla almeno *formalmente* perchè abbiano corso i *cetera ex interdicto*.

(2) Questa è l'ordinaria ipotesi della funzione pregiudiziale del possessorio.

(3) Fr. 3, § 2-4 D. 43, 17: p. es.: « videris mihi *possessionis controversiam* facere, qui prohibes me uti mea possessione »: « qui colere fundum prohibetur, *possidere prohibetur* »: fr. 52, § 1 *h. t.*: « qui aedificare prohibetur, *possidere quoque prohiberi*, manifestissimum est ».

turbative che si minacciano pel futuro (col mantenersi della opposizione) io posso ricorrere all'interdetto (cfr. fr. 3, § 4 D. 43,17).

264. Per le cose mobili designava il diritto classico come interdetto *retinendae possessionis* quello che comincia colla parola *Utrubi* (1); ma che in realtà, come appare dalla semplice lettura della formola, spettava non a colui che possedeva attualmente, ma a chi avesse posseduto la maggior parte dell'anno antecedente, sicchè in sostanza doveva ordinariamente avere efficacia recuperatoria (2). Invero non si può disconoscere come diversa sia la pratica esigenza della tutela in ambo i casi. Pe' mobili non vi ha la « retentio possessionis solo animo »; non vi ha la permanenza del possesso nonostante la clandestina occupazione del terzo; le questioni circa l'*attualità del possesso* appena sono possibili, giacchè chi detiene la cosa e afferma di volerla per sè possiede senz'altro. Anco il bisogno di prevenire ulteriori turbative qui è assai meno sentito; provvedono all'uopo le azioni *ex delicto* (ed azioni *preventive* pei delitti non sono in uso); provvede meglio ancora la difesa privata, che qui suole essere

---

(1) « Utrubi hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto »: Gai., 4, 160. cfr. § 150; Paul., 5, 6 § 1.

(2) Non la finzione di un *possesso attuale* è quella che decide la designazione di questo interdetto, quale *ret. possessionis* (Savigny, *Bes.*, § 39: Windscheid, *Pand.*, I § 159, n. 2); ma il fatto che pei mobili sia per la difesa che per il recupero non deve tenersi presente il possesso attuale, ma quello che nell'ultimo anno fu più a lungo esercitato senza vizio relativo.

facile e opportuna. La facilità grande invece con cui la cosa mobile può passare da mano a mano (oltre che per delitto, per evento di natura, bufera, innondazione, ecc., per fuga di animali o servi, ecc.) rende tanto più urgente un rimedio avente funzione recuperatoria (1).

La *maior pars anni* va intesa relativamente: vince ad es. chi ha posseduto due mesi in confronto di chi ha posseduto un mese: fr. 156 D. 50, 16. Non importa distinguere chi possegga attualmente (2).

Nel diritto nuovo (a giudicare dalle espressioni usate, in seguito ad un mutamento nella prassi) (3) tali particolari funzioni dell'interdetto *utrubi* vennero meno; esso fu assimilato del tutto all'interdetto *u. p.* e quindi destinato al *possessore attuale* per respingere le turbative (« dum super hoc inquietatur »).

265. In entrambi gli interdetti è costantemente (4) inserita l'eccezione « nec vi nec clam nec precario ab altero »: cioè non è difesa la *possessio iniusta*

---

(1) Bruns, *o. c.*, § 13, p. 167 sg.

(2) Le parole *quominus eum ducat* non accennano necessariamente a funzione recuperatoria; prevale in ogni caso la designazione dell'interdetto quale *retinendae possessionis:* cfr. Savigny, § 39; Alibrandi, p. 149; Windscheid, I, § 159, n. 2; Bruns, *o. c.*, § 13.

(3) Fr. 1, § 1 D. 43,31 (interpol.); § 4 I. 4, 15. La ragione del mutamento sta senza dubbio nei gravi inconvenienti che ha in materia mobiliare la facoltà di richiamare la cosa sulla base del possesso relativamente più lungo, quale era in sostanza divenuto l'interdetto *utrubi*.

(4) *Perpetuo... insunt:* fr. 1, § 5 D. 43, 17. « Si quis possidet vi aut clam aut precario... ab adversario suo non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere »: *ib.* § 9; fr. [illegible] § 1 D. 43, 31.

(cfr. supra) di fronte a colui, a riguardo del quale il *vitium* si è manifestato. Nelle fonti non ci sono elementi bastanti per sapere, se, qualora l'uno possedesse viziosamente *ab altero*, venisse condannato alla restituzione. Se ciò fosse, si avrebbe che anche l'interdetto *uti poss.* avrebbe avuto eventualmente funzione recuperatoria e si capirebbe anche meglio il mutamento avvenuto rispetto all'interdetto *utrubi* che avrebbe mantenuto tale funzione ne' casi più urgenti (1). Non bisogna però tacere che tale funzione non si concilia agevolmente nè colle parole degli interdetti, nè con altri fatti, che qui sarebbe lungo enumerare (2).

266. Come interdetto recuperatorio Gajo (4, 154) adduce solo quello « si quis ex possessione vi deiectus sit ». Nel diritto antico e classico a favore del possessore privato colla *vis* del possesso di uno stabile si interdiceva in doppio modo, secondo che si trattasse di *vis* semplice o di *vis armata*. La formola dell'interdetto *de vi* (semplice) si legge in Cicerone (3): un'altra non scevra d'interpolazioni (4)

---

(1) Decisamente in questo senso il Bruns, § 14, pp. 175 e 177.

(2) Nell'int. *utrubi* « non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius quam iustum est ei accedere, veluti eius, cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit » : Gai., 4, 151. Molti passi relativi a questa *clausula accessionis* furono nel diritto nuovo per interpolazione riferiti all'*accessio temporis* nell'usucapione : così ne' fr. 13 § 2, 14, 25 D. 41, 3, ecc. V. pure Lenel, *Ed. perp.*, p. 392.

(3) *Pro Tullio*, 19, 44-45. Cfr. Keller, *Semestria*, I, pagina 304 sgg.

(4) Cfr. Alibrandi, *o. c.*, p. 151.

nei Digesti (fr. 1 pr. D. 43, 16): che nella redazione giulianea dell'editto non fosse però mantenuta l'antica dizione, appare evidente da un esame critico de' materiali a noi pervenuti (1).

L'interdetto presuppone la violenta deiezione del possessore (2). Esso è proponibile entro l'anno dall'espulsione; in seguito era concessa un'azione *in factum* (3).

Nel diritto pregiustinianeo qui pure era inserita l'*exceptio vitiosae possessionis*, che invece nella formola data nei Digesti più non compare (4). Il diritto giustinianeo non ha più lo speciale interdetto *de vi armata* (5).

---

(1) Keller, *l. c.*, p. 311 sgg. Lenel, *Ed. perp.*, p. 371 sg La formola dell'interdetto nella redazione giulianea era sostanzialmente la seguente: « Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideat, *quod nec vi nec clam nec precario a te possideret*, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas ».

(2) Nel caso di possesso di stabili ritenuto *solo animo* bastava, come sembra, a costituire la *vis* che chi aveva occupato il predio durante l'assenza ed all'insaputa del possessore si rifiutasse di riammettere questo e di allontanarsi. Su ciò v. Bruns, *Besitzklagen*, p. 140 sgg. Fuori di questo caso (in cui il Bruns parla di una *vis* giuridica) s'intende una *vis atrox*, cfr. fr. 1, § 3 D. 43, 16.

(3) *Formula promissa: vat. fr.*, 312. Alterato è l'editto nel fr. 1 pr. *h. t.*, per cui l'azione è promessa « de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit».

(4) Cfr. Gai., 4, 154; Paul., 5, 6, 7.

(5) Le due rubriche sono fuse in D. 43,16. La formola data da Cicerone (*pro Caec.*, 19-31) è: «Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti, eo restituas». La formola leggermente modificata nelle ulteriori redazioni dell'Editto (Lenel, *Ed perp.*, p. 375) mantenne i suoi caratteri distintivi.

Questo interdetto non conteneva l'*exceptio vitiosae possessionis* (1), non era limitato ad un anno e ciò che più importa era concesso anche al semplice detentore che in tal guisa fosse stato espulso: non si contiene nella formola verun cenno di un *possesso*, che l'attore avesse avuto prima della deiezione (2).

267. Altri interdetti recuperatorii del possesso non si conoscono. L'interdetto *de precario:* «quod precario ab illo habes.... id illi restituas» (fr. 2 pr. D. 43, 26) non fa menzione del possesso; non si fonda che sul rapporto di concessione precaria (3) e ben compete anche ad un concedente che non fosse possessore prima della concessione, come nell'esempio del fr. 21 pr. D. 41, 2: anche contro un precarista che fosse mero detentore (fr. 10, § 1 D. 41, 2). Qui non troviamo alcuna *exceptio vitii:* bensì (e questo è decisivo) qui è possibile la *exceptio dominii* (4). che contraddice a tutto il concetto romano

---

(1) Cfr. Cic., *ad fam.* 15, 16 § 3. Gai., 4, 155. Mancava quella *perpetua exceptio;* non erano proibite altre eccezioni. Anzi sappiamo che si poteva opporre l'eccezione «quod tu prior vi hominibus armatis non veneris» (Cic., *ad fam.* 7, 13 § 2): vale a dire l'*exceptio vis armatae.* Nel diritto giustinianeo i passi relativi furono attribuiti all'int. *unde vi:* fr. 14 D. 43, 16; cfr. § 6 I. 4, 15.

(2) Gaio parla di *restituere possessionem* 4,155; ma egli discorre di tale interdetto nella sua funzione complementare a quello *unde vi* nella tutela del possesso.

(3) Cfr. fr. 8 pr. D. 43, 26.

(4) Fr. 2 pr. fr. 4, § 3, fr. 6, § 4 D. 43,26. A torto quindi il Savigny ha posto questo interdetto fra quelli *reciperandae possessionis* (*Besitz,* § 42). Cfr. per tutti il Bruns *Besitzklagen*, § 14 (p. 180-185).

della tutela possessoria. Si è pensato anche ad un interdetto *de clandestina possessione* per ricuperare il possesso da chi lo avesse *clam* usurpato (1): ma senza conforto di validi argomenti (2).

268. Si è sostenuto che nel diritto nuovo, dopo il tramonto della procedura formolare, l'interdetto *u. v.* venisse a perdere gran parte della sua importanza pratica e che la funzione recuperatoria del possesso fosse con maggior larghezza e opportunità adempiuta da un'*actio momentariae possessionis*, di cui le fonti contengono frequenti menzioni (3). A

(1) Cuiac., *Tract. VII ad Afric.* (ad fr. 40, § 2 *h. t.*); Savigny, *o. c.*, § 41.

(2) Cic. in *Rullum* 3, 3 § 11 dice solo che riconoscendo e sanando il possesso clandestinamente usurpato si calpesta il *ius civile*, le *causae possessionum* e gli *interdicta praetorum*. E per vero gli interdetti presuppongono il *vitium* di tale possesso. Più grave sembra il fr. 7, § 5 D. 10, 3: « si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit (Iulianus) ». Ma se si considera il silenzio di tutte le fonti (significante per me quello della c. 11 C. 8, 4), il modo speciale con cui il giurista si esprime a questo riguardo, in confronto di quello che usa per gli interdetti *unde vi* e *de precario* (cfr. Alibrandi, *o. c.*, p. 152 sg.), è molto inverosimile che si alluda ad uno speciale interdetto. Piuttosto potrebbe pensarsi all'*exc. vit. poss.* negli interdetti *ret. poss.*

(3) Cuiacio, *Opera* (Prato 1836), I, 20: IX, 1674, 1706 1765: X, 1203. 1385. Contro il Savigny *Besitz*, § 42, si è vigorosamente pronunciato l'Ihering, *Besitzschutz*, p. 112 sgg., difendendo l'esistenza di questa azione e magnificandone i pregi. I resultati dello Ihering furono sottoposti alla critica cauta e sicura del Bruns, *Besitzklagen*, § 11, p. 84-134, che a mio avviso ha dimo-

differenza dell'interdetto *u. v.* tale azione avrebbe servito anche al semplice detentore per recuperare la detenzione; avrebbe servito anche per ricuperare il possesso di una *res mobilis* (ciò che spiegherebbe il venir meno dell'interdetto *utrubi*); avrebbe servito a recuperare il possesso da un terzo usurpato *per errore*; il possesso passato nelle mani di un terzo *per infedeltà di un rappresentante;* il possesso trasferito in un terzo in seguito *a sentenza illegale;* il possesso vacuo di assenti occupato dai terzi (1). Ma questi insegnamenti non tengono sufficiente calcolo della efficacia che poteva avere in pratica l'interdetto *u. v.*, inoltre si basano sopra una interpretazione superficiale di molti testi che non contengono alcuna innovazione (2); da ultimo per sover-

---

strato l'insussistenza della pretesa azione. In Italia le idee del Bruns furono accolte dal Ruffini, *Actio spolii*, p. 54 sgg. e combattute dal Buonamici in una elegante scrittura (*Atti della R. Acc. di Torino*, vol. XXVIII, fascicolo I). Lo stesso Ihering non vi insiste nel suo articolo nello *Handw. der Statsw.* II, p. 410 sg.

(1) V. gli ampii svolgimenti in Ihering *l. c.*, § 8.

(2) *Momentum* nelle fonti più recenti sta per *possesso* e *momentaria possessio* non è che una dizione pleonastica conforme allo stile decadente del V e VI secolo. V. sullo svolgersi del significato i testi riferiti nel Bruns, *o. c.*, p. 88-92. La c. 1 C. Th. 4, 22 (c. 1 C. I. 8, 5) allude evidentemente all'int. *unde vi* o meglio all'azione subentrata a questo: la c. 1 C. Th. 2,26 (= c. 5 C. I. 8, 4) parla della occupazione avvenuta « per errorem aut incuriam *domini* » (non quindi dell'occupante) e dice che nella rivendica qui il possesso è restituito senza pena: la c. 2 C. Th. 4,22 (c. 6 § 1 C. I. 8, 4) nella sua ultima parte discorre di *invasioni violente* da parte dei pupilli ed il *colludium* dei loro rappresentanti non si riferisce alla pertita del possesso, ma alla rovina dei pupilli stessi coin

chio riguardo per l'antico possessore vengono spesso a mancare di riguardi al possesso attuale. Modificazione importante è quella che il rappresentante, che viene espulso, può avere sebbene servo l'interdetto *u. v.* per recuperare il possesso a nome e beneficio del principale (c. 1 C. 8, 4): e quella (1) che colui, il quale occupa in mala fede il possesso dello stabile abbandonato dal rappresentante è esposto all'interdetto *u. v.* da parte del principale, equiparandosi tale suo operato alla *deiectio*, pur *violentia... minime praecedente*. La *vis* si trova sufficientemente affermata nel fatto che uno si usurpi *per suam auctoritatem* la cosa altrui, potendosi in tal guisa « talem possessorem uti praedonem intellegi ». Non si può negare che tali disposizioni, senza creare alcun novello rimedio, hanno allargata notevolmente l'efficacia di quelle preesistenti.

269. Il possesso si ricupera pure con altri mezzi che all'uopo possono essere impiegati (2). Si parla

---

volti in gravi penalità pecuniarie per finte usurpazioni; nella c. 1 C. 3, 16 *vis facta* e *momentaria possessio postulanda* non indicano due ipotesi diverse, ma l'una il fondamento e l'altra il contenuto dell'azione; nella c. 8 C. Th. 2, 1 (= c. 8 C. I. 8, 4) si dice che « momentariae possessionis interdictum, non semper ad vim publicam pertinet vel privatam », cioè non sempre arriva ad esaurire il *delitto* di *vis publica* o *privata*: il che è certamente vero per l'interdetto *unde vi*: cfr. anche Bruns, *l. c.*, p. 101 sg.; la c. 5 C. Th. 4,22 (= c. 2 C. 8,5) non si riferisce ad azioni possessorie, ma esprime solo il principio generale che contro gli assenti non contumaci non si dà nè sentenza nè esecuzione. Sulla c. 12 C. 7, 32 già si è detto abbastanza.

(1) C. 11 C. 8, 4.

(2) Bruns *Besitz im Mittelalter*, p. 17-37, *Besitzklagen*, § 16 p. 185 sgg. Windscheid, *Pand.*, I, § 161.

di una *condictio possessionis* per recuperare il possesso perduto per deiezione: anche l'*actio quod metus causa* è accordata pel recupero del possesso, la cui cessione fu estorta con minaccie (1). Un passo notoriamente interpolato dichiara che allato all'*interdictum de precario* è ammissibile una *condictio incerti* (2). Tutta questa serie di rimedii presuppone un valore patrimoniale della *possessio*, come tale, distinto e diverso da quello della cosa (3). Nel caso che « non sit (dominus qui deiectus condicat) possessionem eum condicere Celsus ait » (fr. 2 D. 13,3) (4).

(1) Fr. 21, § 2 D. 4, 2: « qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur enim quod restitui oportet, idest quod abest; abest autem nuda possessio cum suis fructibus ».

(2) Fr. 19, § 2 D. 43,26.

(3) « Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est »: fr. 3, § 11 D. 43, 17. Le parole successive sembrano interpolate. In realtà però i giuristi classici ammettono una stima particolare del possesso, come tale: Bruns, *Besitzklagen*, § 17.

(4) Cfr. fr. 25, § 1 D. 47, 2: « si quis de fundo vi deiectus sit... Celsus putat condici posse possessionem ». Il passo è alterato, poichè Celso distingueva (fr. 2 cit.), se si dovesse *condicere fundum* o *possessionem*, secondo i casi. Ma ciò non indica punto che si potesse intendere la *condictio furti* dal semplice possessore, le ultime parole del § 1 cit. almeno pel diritto classico non lo provano affatto. Nel diritto giustinianeo si può dubitare: nel senso affermativo il passo fu inteso dai bizantini (sch. τοῦ 'Αγ, *Bas* Hb. V, 475), che però non sanno come spiegarsi questa funzione *possessoria* della *condictio*. Nel diritto classico l'attore doveva a suo rischio e pericolo determinare in un *certum* la *aestimatio possessionis*. Nel diritto giustinianeo è possibile anche una *condictio incerti*.

CAPO III.

La proprietà.

270. Nelle fonti classiche ad indicare la *proprietà* servono due vocaboli: *dominium* (1) e *proprietas*, usati anche promiscuamente (2), sebbene ciascuno per sè indichi uno speciale atteggiamento: il primo accennando piuttosto al potere che di solito può esercitare il proprietario sulla cosa, il secondo al rapporto di pertinenza che si stabilisce fra la persona e la cosa (3). Le fonti stesse non ci danno una de-

---

(1) *Dominium* assolutamente non significa che la proprietà: *dominium usufructus* e simili locazioni indicano quella più ristretta signoria, che è appunto specificata dal complemento.

(2) «Dominium... idest proprietas»: Nerat., fr. 13 pr. D. *h. t.* (41,1). Cfr. fr. 1, § 1 D. 29, 5: «domini appellatione continetur qui habet proprietatem».

(3) Questo rapporto è bene espresso dalla frase *meum esse* (anche *pertinere ad aliquem*). Tale frase sta a fondamento anche delle formole rivendicatorie («... meum esse aio..:.. si paret rem A[i] esse»). Una locuzione molto frequente è quella, per cui si dice che una cosa è *in bonis* di alcuno. Quando si dice che una cosa è *tantum in bonis* o si contrappone la cosa che è *in bonis* a quella che ci appartiene *ex iure quiritium*, si vuole indicare la proprietà tutelata dal pretore, ma non riconosciuta dal *ius civile*, in confronto **d** quella che il *ius civile* riconosce. In questo senso va accolta la notizia de' Greci, che «ἡ φυσικὴ (δεσποτεία) λέγεται *in bonis*, καὶ ὁ δεσπότης *bonitários*, ἡ δὲ ἔννομος λέγεται *ex iure quiritium*, τουτέστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν πολιτῶν ῥωμαίων». (*Paraphr. Inst.*, I, 5 § 4 = Ferr. I, 25). *Plenum ius* è quello di chi ha una

finizione della proprietà (1), tanto che fra moderni interpreti sorse controversia, se la proprietà si avesse o no da considerare come un diritto. Non pochi ritengono che essa costituisca un rapporto, condizione e fondamento di diritti particolari, ma non un diritto essa stessa: ma, come a noi sembra (2), senza validi argomenti. Per noi la proprietà è quel diritto, per cui una cosa appartiene ad una persona (3) ed è assoggettata a questa in modo almeno

---

proprietà tutelata e dal *ius civile* e dal pretore; il *nudum ius quiritium* spetta a colui che avrebbe la proprietà riconosciuta dal *ius civile*, mentre sulla cosa altri ha la proprietà pretoria. Tale *nudum ius* ha valore poco più che nominale. La distinzione cade poi praticamente in disuso e Giustiniano (c. un. C. 7,25) l'abolisce anche formalmente. Circa al significato dello *in bonis habere* cfr. il lavoro del Bonfante *Bullettino dell'Ist. di d. r.*, VIII, 296 sgg.

(1) La c. 12 C. 4,35 non parla del proprietario, ma del principale (*dominus negotii*) di fronte al procuratore. Dal fr. 25, § 11 D. 5, 3 si è voluto ricavare la nozione di un *ius abutendi*, che sicuramente non v'è inclusa.

(2) Per sè la proprietà costituisce un bene tutelato dal diritto (oggettivo) ed esaurisce la nozione di diritto (soggettivo). E ciò è bene espresso dalla frase « *A.i esse ex iure Q.* ». Nelle fonti è vero che la proprietà si considera quasi materializzata nella cosa e in tal senso si contrappongono le *res* o i *corpora* agli *iura* (cfr. *supra*) e per conseguenza il *dominus* a chi « aliquod ius in re habet » (fr. 30 D. 9,4: fr. 19 pr. D. 39,2). Ma si dice pure del proprietario che ha *ius in corpore* (fr. 8 D. 39,3), che rivendica *iure dominii* (Alessandro: c. 4 pr. C. 3,44), che la vendita fatta da un terzo non lo priva del suo *ius* (id. c. 5 C. 8, 27 (28). Giustiniano poi chiama *ius* la proprietà nettamente nella c. 1 § 3 C. 7, 17.

(3) V. le avvertenze fatte nel lib. I.

virtualmente universale. Il che significa che la cosa in tutta la sua essenza, nelle sue funzioni e attinenze è soggetta all'uomo; il contenuto del diritto non si può esporre con una formola positiva appunto per la sua universalità; si può invece esprimere con una formola negativa ciò che o per ragioni generali o per ragioni particolari non compete al domino (limiti del dominio). Ogni limite appare come una forza estrinseca, che comprime il volume dei dominio, che si ripristina da sè immediatamente, non appena che lo sforzo sia cessato. Dei limiti del dominio, che sono numerosi e talora gravissimi, vedremo avanti.

271. Poichè il dominio costituisce l'assoggettamento universale della cosa all'uomo, ne segue che non è esatto considerarlo quale una somma di singoli diritti. Certo il domino può rivendicare, alienare, mutare la cosa; può tenerla e goderla, e così via; ma queste sono altrettante singole manifestazioni di un solo diritto che avvince interamente la cosa alla persona e gliela sottomette. Il che non toglie che alcuno dei varii aspetti particolari, in cui si estrinseca il diritto del domino, possa costituire il contenuto del diritto di un terzo sulla cosa; ma con regole e confini ben determinati che lo individualizzano e *in tale senso* può dirsi che viene ad essere *qualitativamente* diverso dal dominio (1).

272. Presupposta una cosa idonea ad essere oggetto di proprietà ed una persona che abbia la relativa capacità, varii sono i modi con cui questa

---

(1) Ad es. Dernburg, *Pand.*, I, 272 sg. V. però Degenkolb, *Platzrecht*, p. 159, Kniep, *vacua poss.*, p. 330 sgg., ecc.

può acquistare la proprietà di quella. Molte sono le loro classificazioni che si trovano nei trattati; in Gaio (Istituzioni e *res cottidianae*) e nelle Istituzioni giustinianee i modi di acquisto vengono distinti, secondo che apppartengono al *ius civile* o al *ius gentium*. Tale distinzione nel diritto pregiustinianeo ha molta importanza; mentre nel diritto giustinianeo ne ha poca e secondaria. Pe' fini poi della presente trattazione ad un criterio desunto da ragioni storiche è preferibile uno determinato dalla stessa natura della funzione. E fra criterii possibili (1) senza dubbio ha maggior valore scientifico quello, per cui i modi di acquisto si distinguono in originarii e derivativi.

273. L'acquisto dicesi originario, quando la cosa è assoggettata ad un dominio nuovo, cioè ad un dominio che non può considerarsi come la continuazione, la successione di un dominio altrui anteriore; si ha invece l'acquisto derivativo quando appunto si tratta di succedere in un dominio già costituito sopra la cosa. L'acquisto originario si opera sulle cose che *attualmente* non sono in dominio di alcuno, l'aquisto derivativo presuppone al contrario che un dominio altrui esista attualmente (2); vi ha poi un modo intermedio (*usucapione* e forme congeneri), per cui il dominio si costituisce per la conversione in diritto del possesso qualificato, che si consolida *per virtù propria*, ma a spese e a detrimento di un dominio altrui attualmente esistente.

---

(1) P. es. se l'acquisto di proprietà abbia o no per veicolo il possesso; se avvenga *per universitatem* o no e così via.

(2) Cfr. fr. 54 D. 50,17, ecc.

Per conseguenza l'acquisto del dominio ha qui, come vedremo, alcuni caratteri della successione. Noi tratteremo prima de' modi di acquisto originarii, indi dei derivativi, da ultimo della usucapione (e prescrizione acquisitiva), che non solo ha particolare natura, ma che non può essere convenientemente esposta, senza premettere la nozione delle altre maniere di acquisto.

274. La proprietà si acquista *originariamente* o perchè l'uomo influisce colla sua intelligenza e volontà sulla cosa, costituendola al proprio servizio o perchè una cosa risente l'influenza di un'altra, che essendo già in proprietà di alcuno attira anche la prima nella medesima condizione. Si può parlare di attrazione personale e di attrazione reale (1). Questa seconda figura si avvera, quando una cosa è causa sostanziale di un'altra o ne determina altrimenti la origine. Quando una cosa s'incorpora in un'altra o diventa parte integrante di essa, l'espressione giuridica del fenomeno fisico è quella di assorbimento e conseguente incremento di proprietà.

Parliamo anzitutto dell'attrazione personale; indi della materia, in cui attrazione personale e reale si contendono il campo; da ultimo della pura attrazione reale.

275. L'occupazione è il tipo dell'attrazione personale; qui la cosa viene attratta al servizio dell'uomo, il che è conforme alla sua destinazione e poichè non osta alcuna norma (ossia non v'è un diritto sulla cosa, che possa farsi valere), il possesso è addirittura elevato a proprietà: « quod nullius est na-

---

(1) Ferrini, *Appunti sulla specif.*, num. 17. *Diritto romano* (Höpli, II ed.), p. 52 sg.

turali ratione occupanti conceditur» (fr. 3 pr. Digesto *h. t.*).

All'acquisto di proprietà per occupazione occorre pertanto soggettivamente una presa di possesso, oggettivamente l'assenza di una proprietà altrui sulla cosa, che si opponga alla sua apprensione. Oltre la intenzione di aver la cosa per sè, quale si esige per la presa di possesso, nulla è richiesto; non in particolare l'intenzione di acquistare la *proprietà*, la quale non solo potrebbe di fatto mancare, ma potrebb'essere anche esclusa da qualche errore del l'occupante (che crede la cosa già soggetta all'altrui proprietà) senza detrimento degli effetti dell'occupazione stessa (1).

276. Si possono occupare:

a) parzialmente le *res communes omnium*, colle limitazioni e cogli effetti, di cui si è già trattato (2);

b) l'*insula in mari*, che non sia già accupata da altri (3);

c) le pietre preziose trovate sul lido del mare. Qui all'occupazione precede una scoperta, che di regola è fatta dallo stesso occupante, tanto che in qualche testo costui è chiamato addirittura *inventor* (§ 18 cit.). Ma nel caso che l'uno scopra e l'altro

---

(1) Lenel ne' *Jahrbücher* di Ihering XIX, 168 sgg. arg. fr. 43, § 5 D. 47,2, ecc. In tal senso profondo va inteso il fr. 1, § 1 D. 41,2.

(2) Cfr. *supra*.

(3) Fr. 7, § 3 *h. t.*: «Insula quae in mari nascitur, occupantis fit, nullius enim esse creditur». § 22 I, 2, 1: fr. 30, § 4 in f. *h. t.*; fr. 1, § 1 D. 41, 2. Parimenti spettava al primo occupante l'isola nata in un fiume chiuso fra *agri limitati*: fr. 16 D. *h. t.* e fr. 1, § 6 D. 43,12.

apprenda la cosa, non v'è dubbio che la proprietà spetta al secondo (fr. 1, § 1 D. 41, 2) (1);

d) le *res derelictae* (2), ossia abbandonate dal precedente proprietario (3);

---

(1) Fr. 1, § 1 D. 41, 2: « gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae eius fiunt, qui primum eorum possessionem adprehenderit » fr. 3 D. 1, 8 (§ 18 I. 2,1).

(2) Alla *derelictio* occorre un abbandono visibile (fr. 36 D. 45,3: *iactare* trattandosi di mobili; *allontanarsi* trattandosi di immobili: fr. 15, § 21 D. 39, 2) e un *animus* corrispondente, che viene indicato come *animus derelinquendi* (fr. 43, § 11 D. 47,2), *propositum derelinquendi* c. 4 C. 7,32: « is animus, quod quis res habere non vult »: fr. 9, § 8 *h. t.*, § 47 I. 2, 1, o colla frase *habere pro derelicto* (fr. 1, 2 D. 41,7, ecc.). Non son quindi derelitte le cose, che il padrone ha dovuto abbandonare per altra ragione (p. es. un fondo per timore di invasione: c. 4 cit.: *merces ex navi iactatae* per sollevarne il carico: fr. 9, § 8 *h. t.* fr. 21, § 1 2 D. 41,2, ecc.). V'era disputa fra proculiani e sabiniani, sostenendo i primi che la proprietà della *res derelicta* non tramontasse che al momento della occupazione da parte del terzo, mentre i secondi ammettevano che la proprietà si perdesse *statim* al momento dell'abbandono. Cfr. Giuliano fr. 38 § 1 D. 9,4: Proculo contro Giuliano: fr. 2, § 1 D. 41,7: Sabino e Cassio: fr. 43, § 5 D. 47,2. Il diritto giustinianeo accoglie l'opinione sabiniana: fr. 2 § 1 cit. e § 47 I. 2,1: così il concetto dell'occupazione del derelitto viene a staccarsi affatto da quello dell'acquisto per tradizione.

(3) Nel diritto classico occorre distinguere *res mancipi* e *nec mancipi*. L'occupazione di queste ultime derelitte attribuisce la proprietà *ex i. q.*: mentre quella delle prime attribuisce solo la proprietà pretoria suscettibile di convertirsi per via di usucapione (*pro derelicto*) in dominio quiritario: Leist, *bon. poss.*, p. 269 sgg. Contro di lui v. Czylarz *Eigenthumserwerbsarten* (Cont. di Glück), 1727 e Ricci nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1892

277. *e*) gli animali in stato di naturale libertà (1). Gli animali selvatici sono *nullius* e quindi oggetto di libera occupazione, purchè non si trovino già *sub custodia alicuius* (2); gli animali mansuefatti si stimano tornati alla naturale libertà quando si siano allontanati dalla *custodia* senza conservare l'abitudine del ritorno (3). L'animale si ritiene occupato quando o è preso vivo o è ucciso (purchè il cadavere non venga a cadere in luogo inaccessibile). Il semplice ferimento non basta «quia multa accidere possunt, ut eam (feram) non capiamus» (4).

---

p. 333 sgg. La dottrina del Leist è stata a mio credere sostenuta in modo persuasivo dal Bonfante. *Le singole iustae causae*, § 2. Oltre che da varii testi (fr. 5 D. 41,7) nonchè da' passi che illustrano il rappporto fra *derelictio* e *missio in possessionem:* fr. 7 § 2.15, § 21 D. 39,2: fr. 9 (10) § 1 D. 3,5), ciò appare dalla evidente natura della *iusta causa* di usucapione detta *pro derelicto*. Sulle interpolazioni v. Bonfante, *l. c.*, p. 15 sgg.

(1) «Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, idest ferae bestiae volucres pisces, capientium fiunt»: fr. 1, § 1 D. *h. t.* fr. 1, § 1 D. 41, 2, ecc.

(2) Fr. 3, § 1 *h. t.*, fr. 5 pr. *ib.* La *naturalis libertas* non è tolta che pel fatto che le fiere «in *silvis circumseptis* vagantur»: fr. 3, § 14 D. 41,2: sì invece se sono incluse *in vivariis ib.* I pesci sono *sub custodia* se si trovano in una piscina; fr. 3, § 14 cit. Circa le categorie di animali selvatici cfr. fr. 5, § 2 sqq. *h. t.*

(3) «Si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium: intelleguntur autem desiisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint»: fr. 5, § 5 *h. t.* Gai., 2,68. Il quesito se diventino *nullius* anche le cose che una fiera rapisce e porta seco nella naturale libertà è posto e risoluto negativamente nel fr. 44 *h. t.*

(4) Fr. 5, § 1 D. *h. t.* Ivi è ricordata l'opinione di Tre

Non importa se il cacciatore occupa la preda nel suo fondo o in un fondo altrui. Infatti la proprietà del fondo non implica alcun diritto sugli animali che si trovino su di esso (1). Il proprietario del fondo

---

bazio, per cui la fiera è proprietà del cacciatore che l'ha ferita e rimane tale finchè il cacciatore la insegue: «itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit hoc animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse». Cessando l'inseguimento, cessa la proprietà e la fiera si stima ritornata nella libertà naturale: «si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis»

(1) Fr. 3, § 14 sq. D. 41, 2. Cfr. fr. 3, § 1 *h. t.*: «nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno». Lo stesso deve dirsi de' pesci presi in uno stagno di proprietà altrui (non in una piscina), arg. fr. 3, § 14 cit. Falsi concetti in Wächter, *Jagedrecht* (*Abh. der jur. Fac. Leipzig*, I, 333 sg.) e Wendt in *Jahrbücher* di Ihering, XIX, 373 sg. Cfr. Schirmer; *Ztschr. f. R.G.*, XI, 41 e XVI, 23 sg. Landucci *Arch. giur.*, XXIX, 396 sg. Il fr. 55 D. *h. t.* nulla prova in contrario. È vero che ivi il giurista, parlando di cignale caduto in un laccio, mette avanti fra le distinzioni possibili anche questa: «videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim: et si in privato posuerim, utrum in meo an in alieno: et si in alieno, utrum permissu eius, cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim». Ma tale distinzione non è, almeno direttamente, valutata nella risposta: «summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenerit, meus factus sit». Inoltre qui il quesito non è se sia nostra la preda *occupata* nel fondo altrui; ma se all'*occupazione* basti che essa cada in un laccio, che noi senza diritto (fr. 29 pr. D. 9, 2) vi abbiamo posto. Non pare davvero che ciò basti ad esaurire il *corpus* del possesso. La risposta non sarebbe invece dubbia se il cacciatore avesse uccisa la fiera nel fondo altrui o l'avesse catturata direttamente.

ha certo il diritto di proibire che altri vi si rechi a cacciare (1). Ma tale proibizione non può impedire i naturali effetti della occupazione che il cacciatore, entrando non ostante il divieto, vi compia (2). Non è improbabile, che il proprietario, la cui proibizione è disprezzata, abbia un'*actio iniuriarum:* ad ogni modo esso ha l'interdetto *uti possidetis,* in quanto che l'arbitrario agire del cacciatóre costituisce una turbativa di possesso (arg. fr. 14 D. 47, 10): nonchè l'*actio legis aquiliae* per tutti i danni, che il

---

(1) Fr. 3, § 1 D. *h. t.*. fr. 5, § 3 *ib.*: § 12, 14 I. 2, 1. Cfr. fr. 16 D. 8,3.

(2) Gli oppositori avvertono che la caccia o la pesca sono stimate *redditi* del fondo e un terzo non può usurparli, senza licenza almeno tacita del domino. Essi citano il fr. 9, § 5 D. 7, 1: «aucupiorum et venationum reditum... ad fructuarium pertinere: ergo et piscationem». Ciò vuol dire solo, che se un fondo è ordinato per la caccia (roccolo, ecc.) o per la pesca (tesa), l'usufruttuario ha diritto di esercitarlo o farlo esercitare in tale senso, escludendo gli altri; ma non ha alcun rapporto colla presente questione: cfr. fr. 22 pr. D. 33,7: fr. 26 D. 22,1. Nel fr. 62 pr. D. 7, 1 si dice che l'usufruttuario può cacciare «in saltibus vel montibus possessionis» e che la preda è sua e non del proprietario, «sed aut fructus aut gentium iure suos facit». Questa decisione serve anzi a confermare la nostra dottrina, ove si tenga presente la limpida interpretazione di Stefano (*Suppl. Basil.*, p. 89), per cui l'usufruttuario fa sua la preda, tanto per diritto di usufrutto quanto per naturale ragione di acquisto (φυσικῷ τῶν κτήσεων λόγῳ), poichè le fiere prese in caccia diventano proprietà dell'occupante per la stessa naturale ragione degli acquisti. Il che significa che se il cacciatore non fosse usufruttuario e non avesse alcun diritto di introdursi a cacciare nel fondo farebbe nondimeno sua la preda.

cacciatore rechi al fondo o alle cose del domino proibente (fr. 29 D. 9. 2);

278 *f*) preda bellica. Le *res hostium* sono sprovviste di tutela giuridica da parte del diritto romano e quindi sono occupabili. Molti testi dicono, che noi possiamo far nostre mercè l'occupazione le *res hostium*: « quae ex hostibus capiuntur iure gentium statim capientium fiunt (1): in altri sembra insegnato che la preda bellica appartiene allo Stato (2). La più probabile interpretazione è quella, che distingue fra le cose occupate dall'esercito come tale e quelle occupate da singoli alla spicciolata o da non militari (cfr. sopratutto il fr. 51, § 1 *h. t.*);

279. *g*) tesoro. È notissimo che *thensaurus* ha nelle nostre fonti un duplice significato: o significa cioè qualsiasi deposito di oggetti mobili (ordinariamente denaro) a scopo di custodia (3), ovvero in modo particolare una *vetus depositio pecuniae cuius non extat memoria* (4). Quale fosse nell'antico di-

---

(1) Fr. 5, § 7 D. *h. t.* Gai., 2,69: fr. 51, § 1 D. *h. t.* (quae res hostiles apud nos sunt non publicae, sed occupantium fiunt): fr. 1, § 1 D. 41, 2, ecc.

(2) Fr. 239, § 1 D. 50,16: fr. 20 § 1 D. 49,15 (« publicatur ille ager, qui ex hostibus captus sit »): fr. 31 D. 49, 14 (« bona... captivorum omnimodo in fiscum esse cogenda »): fr. 13 D. 48,13 (« qui praedam ab hostibus captam surripuit lege peculatus tenetur et in quadruplum damnatur). Cfr. Celio Sabino in Gell., 6 (7), 4,3: Mommsen, *römische Forschungen*, II, 443 segg.

(3) Fr. 15 D. 10,4: « thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere », fr. 44 pr. D. 41, 2: « peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thensauri in memoria non repeteret », ecc.

(4) Fr. 31, § 1 D. *h. t.*, c. 1 § 1 C. 10,15. Cassiodoro, *Var.*,

ritto il trattamento dei tesori scoperti, non è esplicitamento insegnato (1). La prima notizia certa, che noi abbiamo, è quella secondo cui Adriano *naturalem aequitatem secutus* ha concesso intero il tesoro a chi lo avesse scoperto *in loco suo*: metà all'inventore e metà al proprietario del *locus*, se fosse stato trovato *casu in loco alieno*; tutto al secondo se vi fosse stato scoperto *data opera*. Ciò non mutava, se proprietario del *locus* fosse stato Cesare od una *res publica* (2). Probabilmente lo stesso Adriano aveva ordinato che una parte del tesoro scoperto in un fondo provinciale andasse, secondo i casi, al fisco od all'erario (3). Ad ogni modo que-

---

6, 8. Il secondo passo con termini più generali dice: « condita ab ignotis dominis tempore vetustioro mobilia ». In questo senso il fr. 31, § 1 nega che sia *thensaurus* il deposito, di cui è dimostrabile il proprietario.

(1) Sappiamo solo che i giuristi republicani consideravano possessore del *thensaurus* chi possedeva il fondo, sebbene ne ignorasse l'esistenza: fr. 3, § 3 D. 41,2 (che, sebbene parli del *thensaurus* nel primo significato, è certo applicabile anche al *thensaurus* in senso tecnico). I versi di Orazio, *Sat.* 2, 6, 10 sq. sembrano accennare che al tempo suo il tesoro, sebbene scoperto in fondo altrui, appartenesse all'inventore: ma non se ne può dedurre nulla con sicurezza, poichè il poeta potrebbe anche significare che chi ha trovato il tesoro se ne è impadronito senza faro motto con altri.

(2) § 39 I. 2, 1.

(3) La fine del § 39 è probabilmente alterata: nel testo genuino delle *res cottidianae* vi si trattava verosimilmente il punto accennato nel testo. Forse lo stesso deve dirsi del fr. 3, § 10. 11 D. 49, 14. Specialmente è da avvertire che il tesoro scoperto in un *locus religiosus* (o che non è religioso) secondo il § 10 cit. va per metà al fisco, mentre pel § 39 va tutto all'inventore. Ciò si spie-

sta eccezione più non sussiste nel diritto giustinianeo.

Non vi ha dubbio che l'inventore acquisti la proprietà sull'intero tesoro e sulla parte, che secondo i casi gli è attribuita: controversa è invece la natura del diritto del *dominus loci*. Per alcuni è l'inventore che in ogni caso fa suo *tutto* il tesoro, *salva l'obbligazione* di dividerlo col *dominus loci* (1). Ma è preferibile la più comune sentenza che anche il *dominus loci* acquisti *ipso iure* e *pro parte* la proprietà del tesoro (2). Le fonti parlano sempre di

---

ga ammettendo che il § 10 parli dei sepolcri provinciali. Callistrato ha scritto i libri *de iure fisci et populi* prima di Caracalla: Krüger, *Quellen*, p. 202. Da ciò deriva che nel diritto giustinianeo deve prevalere la norma del § 39. Gli accenni a diritti fiscali non sono rari nelle fonti dell'impero. Ed è probabilmente *diritto provinciale*, mantenutosi per interesse finanziario, quello che tuttora è esposto nella c. 1 C. Theod. 10, 18. Ma anche in Oriente il diritto adrianeo è, con minor favore però per l'*inventor*, ristabilito da Graziano, Valentiniano e Teodosio (c. 2 *ib.*) e quindi quasi integralmente da Leone I e Zenone (c. 1 C. Th. 10,15). Nelle Istituioni giustinianee, come si è visto, è riassunta la costituzione (o non piuttosto l'*oratio?*) di Adriano.

(1) Nella c. 1 C. Th. 10,15 si usa una frase ambigua: « dimidia retenta. . cum locorum domino partiatur ». Si osserva che il fr. 31, § 1 *h. t.* dice in generale che non essendovi più chi possa farsi valere come proprietario del deposito « fit eius qui invenerit ».

(2) Il fr. 63 pr. D. *h. t.* dice chiaro, che: « si... in alieno (thensaurum invenerit), PARS illius sit ». Il fr. 3, § 10 D. 49 14; « si in Caesaris possessione repertus fuit (thensaurus), dimidiam aeque partem *fisco* VINDICARI » Cfr. il fr. 63, § 2 cit. dove si discorre della parte che è del *dominus loci*

invenire: risorge il quesito se l'acquisto penda dalla scoperta come tale o dall'effettiva presa di possesso (1), come noi riteniamo.

280. Le cose, che costituiscono il tesoro proprio, non sono (se non eventualmente) *nullius*. Esse hanno un proprietario; ma questo è irreperibile; nè egli potrebbe dimostrare il diritto suo e, poichè quanto non si può provare è in diritto come se non fosse, ne segue che praticamente tali cose si trattano come occupabili: non extat memoria, *ut iam dominum non habeat* (fr. 31, § 1 D. *h. t.*) (2). L'acquisto da parte

---

(1) L'acquisto del tesoro presuppone naturalmente la *inventio* e ordinariamente coincidono nella stessa persona *inventio* ed *occupatio*, il che spiega il linguaggio comune delle fonti. Del resto si avverta che il fr. 31, § 1 *h. t.* mette l'acquisto del tesoro insieme alla categoria degli acquisti originarii di *res nullius*, per cui si esige l'occupazione (Pampaloni, *Studi per Bologna*, p. 114). Se è il *dominus loci* o almeno il detentore del fondo che scopre il tesoro secondo la teoria proculiana prevalente nel diritto giustinianeo, è da ritenere che l'acquisto coincida colla scoperta, poichè qui aggiungendosi l'*animus* al *corpus* preesistente (ossia alla *custodia*) si ha presa di possesso e — nella sostanza — occupazione. Un estraneo invece non può acquistare il possesso che colla effettiva contrettazione e distacco del tesoro. Tali insegnamenti sono dati a proposito del *thensaurus* improprio (fr. 44 pr. D. 41, 2), ma non sono da trascurarsi per le evidenti analogie. Anche il fr. 63, § 1 sg. *h. t.* è favorevole al nostro assunto.

(2) Se dopo la occupazione sorgesse taluno che si potesse dimostrare proprietario, si avrebbe la prova che non si trattava di vero tesoro: che quindi non fu acquistato il dominio, ma è tuttora esperibile la *rei vindicatio* dei successori del deponente. Sarà escluso il *furto* dell'occupante per la sua buona fede giustificata dagli indizii di

di chi lo apprende non è che un'applicazione dei principii sulla occupazione delle *res nullius:* «sic enim fit eius qui invenerit, quod non alterius sit» (*ib.*). Viceversa fu attribuito un diritto al *dominus loci* per considerazioni varie, di cui la precipua è pur quella, che il *locus* ha serbato intatto e custodito il deposito attraverso i tempi e le vicende (1).

281. Le definizioni del *tesoro proprio* accentuano il requisito dell'*antichità*, senza del resto determinare come ciò deva intendersi. E invero è difficile dare un criterio più preciso; si tratta di vedere se vi siano, secondo le circostanze, indizii di tale vetustà del deposito da non essere moralmente credibile che se ne possa trovare il proprietario (2).

Le definizioni delle fonti s'attengono all'*id quod plerumque fit.* Alcune parlano di *pecunia,* mentre un'altra parla in genere di *mobilia* e non è che per arbitrio che si sottintende dai moderni interpreti *mobili preziosi* (3). Le fonti parlano di tesoro tro-

---

vetustà. È come se taluno occupasse come derelitta una cosa che non lo è stata, ma che si poteva credere ragionevolmente tale. Una critica del concetto del *tesoro* è del Perozzi, *Monit. dei Trib.*, 1890

(1) Donde anche il divieto di cercare (data opera) i tesori nel *locus alterius* e la proprietà in questo caso attribuita integralmente al *dominus loci.* Si noti che le reminiscenze del diritto antico, che confondeva possesso del fondo con possesso del tesoro, possono avere influito su questo trattamento: Pampaloni, *l. c.*, p. 119.

(2) Altrimenti deve seguirsi la norma ordinaria pel ritrovamento di cose vacue di possesso: fr. 43, § 6-11 D. 47, 2.

(3) Se i mobili non sono di pregio, non sorgeranno controversie in proposito, e ciò giustifica fino a un certo punto la limitazione.

vato in predii (1): ma non c'è ragione di statuire un diverso trattamento per oggetti aventi gli accennati requisiti e trovati in un mobile. Le fonti parlano di cose *deposte* o *nascoste:* ma è evidente che non può discorrersi diversamente, ove si tratti di cose perdute e coperte poi per caso di terra. ecc. (2).

Il *dominus loci* che trova il tesoro lo fa tutto suo; ma metà a titolo di invenzione e metà a titolo di dominio. Da ciò deriva che in certi casi egli debba insieme al dominio restituire la quota di tesoro correlativa (3).

282. Vi sono casi, in cui i due principii si contrastano il campo. Viene anzitutto in considerazione l'ipotesi della trasformazione di una cosa in altra, che si possa considerare giuridicamente come nuova e diversa (4). Sia che il proprietario trasformi così la cosa sua, sia che ciò avvenga per fatto naturale (ad es.

---

(1) *Locus, fundus.* Un accenno al tesoro, che può trovarsi in una *domus* (e — a quanto sembra — ne' muri) v. in fr. 67 D. 6, 1.

(2) Anzi se si suole supporre che il tesoro fosse *nascosto*, è perchè altrimenti non si capisce come abbia potuto rimanere ignorato per lungo tempo. Ma a mio avviso è tesoro ad es. la borsa di monete d'oro che un alpinista perde in una difficile arrampicata e che viene trovata un secolo dopo da chi si arrischia per gli stessi dirupi, beninteso ove non rimanga memoria di quell'evento, sebbene le monete siano sempre state allo scoperto sulla diruta parete del monte.

(3) Fr. 7, § 12 D. 24, 3: «si thensaurus fuerit inventus dal marito nel predio dotale)... pars eius dimidia restituetur... »

(4) Si richiamino i principii già posti sopra, lib. II, c. 1 § 233 sg.

il fulmine incendia alcuno travi e le riduce a carbone), avremo bensì *cosa nuova* e *proprietà nuova;* ma tale proprietà è determinata a favore dell'antico proprietario, giacchè la proprietà nuova ha causa sostanziale nell'antica e non si vede perchè il fatto fisico non abbia ad avere la sua naturale espressione giuridica (1).

283. Ma il contrasto può sorgere, quando autore della *nova species* sia un terzo; poichè qui è destinata e riferita a distinte persone la doppia causalità sostanziale e creativa: concorrono in altri termini le due attrazioni personale e reale e non v'è *a priori* alcun motivo (2) perchè l'una prevalga sull'altra. Nella storia del diritto romano si presentano en-

---

(1) V. i miei *Appunti sulla specificazione*, num. 12 sgg. Se la tintura, dice Labeone (fr. 26, § 2 D. *h. t*), bastasse a creare cosa nuova, bisognerebbe ammettere che si abbia una cosa nuova, se la lana «in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset». Evidentemente nulla importa che ciò sia avvenuto per caso e fatto naturale anzichè per opera umana. Cessa quindi l'usufrutto, se avviene quella trasformazione che giuridicamente equivale a creazione di cosa nuova, da chiunque o comunque avvenga tale trasformazione (fr. 10, § 5 D. 7, 4); cessa il pegno sulla cosa così trasformata (fr. 18 § 3 D. 13, 7): cessa il possesso «si id quod possidebam n aliam speciem translatum sit» (fr. 30, § 4 D. 41, 2). Qui si esclude addirittura che la trasformazione sia opera di un terzo, giacchè in tal caso il possesso si sarebbe perduto prima pel fatto che il terzo si è accinto a trattare la cosa come propria.

(2) § 25 I. 2, 1: «cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet: quis eorum naturali ratione dominus sit? utrum is qui fecerit, an ille potius qui materiae dominus fuerit».

trambo le soluzioni del problema; da ultimo abbiamo una soluzione intermedia. I sabiniani, seguendo verosimilmente le opinioni più antiche, hanno insegnato: « ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse » (1). Il domino della cosa antica diventa dunque domino pure della cosa nuova. Invece i proculiani: « rem esse putant eius qui fecerit » (2), facendo prevalere la causa creatrice (3)

---

(1) Gai., 2, 79. Cfr. fr. 7, § 7 D. *h. t.*: « Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque quod ex eadem materia factum sit dominus esset, *quia sine materia nulla species effici possit* ». La buona *consecutio temporum* non permette di attribuire questo periodo (molto importante anche per la nitidezza del ragionamento) ai compilatori, come fu tentato (Perozzi, *Sulle opinioni de' sab. e proc.* [dai *Rend. Ist. Lomb.*, XXIII, 12] p. 10 sg.). In contrario anche Pernice, *Labeo*², 1, p. 321, n. 3. Piuttosto sarà da riporre nel § 79 di Gaio *fuerit* invece di *sit* (cfr. anche § 25 I. cit.), poichè quando è fatto il *vinum* e l'*oleum*, l'uva e le olive (e cioè la *materia*) più non esistono.

(2) « Quia quod factum est antea nullius fuerat » fr. 7, § 7 (forse interpolatizio: Perozzi, *l. c.*, o almeno alterato nella forma). Il senso è che essendo la cosa nuova e dovendo essa la sua esistenza al trasformatore, è giusto che a costui si attribuisca: Ferrini, *o. c.*, p. 49 e — assenziente — Pernice, *Labeo*², 2 p. 322, n. 1.

(3) È proprio un rapporto di causalità, che viene in considerazione; non l'importanza economica del lavoro. La dottrina proculiana può appagare meglio le esigenze industriali; ma non sono queste la ragione di quella, che pende invece da principii di filosofia giuridica. Per la tesi da noi combattuta cfr. Sulzer, *Specification*, p. 124 sgg. Windscheid, *Pand.*, 1, § 182, n. 2. In contrario cfr. Ferrini, *o. c.*, p. 34 sg. Le fonti mettono assieme il caso, in cui taluno fonda il metallo greggio e ne tragga un vaso

Per entrambe le scuole però vi ha cosa nuova o proprietà nuova (1): solo « quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum » (Gai., *loc. c.*). Tale acquisto del nuovo prodotto si dice dai moderni (2) *acquisto per specificazione*, con parola malamente coniata dalla frase latina: *speciem facere.* Anche secondo la dottrina proculiana è la *naturalis ratio* che determina l'acquisto: è quindi (rispetto all'acquisto della proprietà) indifferente se lo specificante fosse in buona o mala fede nel trasformare *suo nomine* la cosa altrui (3).

284. Nel diritto giustinianeo è accolta una dottrina intermedia (4) la quale, procedendo dal riflesso

---

e quello, in cui il vaso sia rifuso in una massa informe, ciò che non è *lavoro* in senso economico. Cfr. *l. c.*, pagina 48 sg.

(1) Pe' sabiniani v. l'argomento apodittico, che ho dedotto dal fr. 14, § 2-3 D. 13,1, *op. cit.* num. 21, p. 39 sg. Quando la nuova specie resultasse di *materie* di diversi proprietarii (e non si trattasse nè di accessione nè di semplice mescolanza: *o. c.*, p. 40-43), i sabiniani dovevano ammettere un *condominio* sulla *nova species:* sono ben essi i *quidam*, a cui si accenna da Pomponio nel fr. 5, § 1 D. 6, 1. Alla dottrina sabiniana aderiva ancora Ulpiano: *ib.*, p. 44-47.

(2) V. già il *Brachylogus*, 2, 5.

(3) Un argomento indiretto si cava anche da Gai., 2, 79. Cfr. Czylarz, *o. c.*, p. 319-326; Pernice, *o. c.*, p. 320 sgg.

(4) La dottrina già si trova in frammenti di Paolo (poichè il fr. 7, § 7 D. *h. t.* è da tutti riconosciuto come interpolato nella parte qui relativa: cfr. Lenel, *Paling.*, I, Gai., n. 491 e Ferrini, *l. c.*, p. 53 sg.; che lingua e stile non offrano molti indizii, come osserva il Pernice, *o. c.*, pagina 322, si spiega pensando che il passo è fabbricato coll'aiuto delle frasi precedenti di Gaio): fr. 24 e 26 pr. *h.*

che i due principii sono *per sè* equipollenti e una teoria non ha *per sè* alcuna ragione intrinseca di prevalere sull'altra, mira a ricercare un momento qualunque, che nel caso concreto possa giustificare una preferenza. Per tale dottrina:

a) se la *nova species* può di nuovo ricondursi alla *species pristina* (materia), si ritiene prevalente la causa sostanziale: « si ea species ad materiam reduci possit, cum videri dominum esse qui materiae dominus fuerit ». Altrimenti prevale la causa effettiva: « si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit »: § 25 I. 2, 1. Es. di specie riducibile è il *vas conflatum* che « potest ad rudem massam reverti »: Esempio di specie irreducibile sarebbe l'olio o il vino, che non possono tornare alle olive ed al vino e il tessuto di lana, che non può più ridare la lana greggia (fr. 26 pr. D. *h. t.*). Anche un oggetto (barca, armadio), fabbricato con del legname lavorabile, è una specie irriducibile poichè non si possono riavere i tronchi e le travi adoperati pel lavoro (fr. 26 pr. cit. fr. 88, § 1 D. 32) (1);

b) se l'autore della *nova species* ha contribuito

---

t.; cfr. fr. 78, § 4 D. 32: « ea quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea *materiae potentia victa* numquam vires eius effugiant »; fr. 88, 3 D. 32. Forse era della stessa opinione Callistrato (fr. 25 *h. t.*).

(1) Si noti che se la nave o l'armadio sono disfatti, le tavole disciolte costituiscono *nova species*, ma non si considerano come specie riducibili; sebbene sia possibile ricomporre la nave o l'armadio (arg. fr. 88, § 2 D. 32). La ragione si è che le singole tavole « non contengono in potenza la nave » e secondo la teoria intermedia occorre appunto che la *species pristina* sia virtualmente contenuta nella *nova*: cfr Ferrini, *l. c.*, p. 66, nota.

parte della materia, la *species* appartiene a lui, senza distinguere se sia o no reducibile, poichè qui concorre nella stessa persona oltre che la causa creatrice parzialmente la sostanziale (1);

c) *nel diritto giustinianeo* anche la specie irriducibile non appartiene allo specificante, se costui ha trasformato in *mala fede* la cosa altrui, o se anco in buona fede ha trasformato una *res furtiva* (2).

285. Una *res nova* si ha nel senso romano anche quando si stacca da una cosa una parte di essa, che mercè la separazione viene ad acquistare esistenza autonoma, come sopra si è detto (cfr. fr. 83 D. 17, 2). È parificato nelle fonti il *transfigurare*

---

(1) § 25 I. cit.: « dubitandum non est hoc casu eum esse dominum qui fecerit; cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit ». Il passo di Callistrato (fr. 12, § 1 *h. t.*) non si spiega con alcune delle teorie romane ed è secondo ogni verosimiglianza corrotto: v. Ferrini, *l. c.*, p. 57 sgg.

(2) Pel diritto giustinianeo la cosa è certa: v. anche Pernice, *l. c.* Il fatto che qualche frammento di Paolo contiene tale dottrina (v. sovratutto il fr. 12, § 3 D. 10, 4) potrebbe far pensare che si tratti proprio di una originaria determinazione della *media sententia*. E per vero la *mala fides*, che non può avere significato in una dottrina assoluta, può benissimo averla in una teoria relativa, potendo essere un motivo per preferire l'uno all'altro dei due principii determinanti. Ma il fr. 12, § 3 ha troppi indizi di alterazione. Un altro quesito è se già Paolo ammettesse che è escluso l'acquisto della *nova species* irriducibile, se questa proviene dalla trasformazione di cosa furtiva (*contro* anche i sabiniani: Gai., 2, 79; cfr. invece Paolo, fr. 4, § 20 D. 41, 3). Anche qui le maggiori probabilità stanno per l'ammissione di una interpolazione del testo

ed il *dissolvere ornamentum* (1): che il fare in pezzi la carne di un bue, lo staccarne la pelle, ecc. sia una forma di *specificazione* non può porsi in dubbio (2). Anche lo staccare tavole dalla nave o dall'armadio è analogamente considerato (3). Le regole pertanto che si applicano a questa ipotesi sono quelle della *specificazione* (4). Però uno speciale trattamento vale per quelle parti staccate di una cosa, che ne sono un prodotto rappresentante il reddito normale e che si comprendono sotto il nome di *frutti* (cfr. § 233 testo e note).

286. La ragione dello speciale trattamento sta appunto in ciò, che il frutto è *una produzione* (a cui spesso concorre l'opera umana) e che è *un reddito* per la cui destinazione sono determinanti i rapporti sociali. Il che non toglie che qualche influenza di analoghi principii si lasci scorgere. Vedremo qui

---

(1) Fr. 6, § 1 D. 34, 2. Le *vinaceae* sono trattate come *nova species* di fronte all'uva, da cui derivano: fr. 14, § 3 D. 13, 1; fr. 52, § 14 D. 47, 2.

(2) Male il Sulzer, *o. c.*, p. 60 sgg. e lo Czylarz, *o. c.*, p. 261 sgg. Cfr. fr. 14, § 3 cit. Ferrini, *Specif.*, n. 9 (pagina 17 sgg.) e Pernice, *Labeo*², 1, p. 323 sg. (n. 3).

(3) Fr. 88, § 2 D. 32. Anche il grano staccato dalla spiga è *nova species* per Gaio, 2, 79 (§ 25 I. 2, 1). Nelle *res cottidianae* Gaio ha mutato parere (fr. 7, § 7 D. *h. t.*) perchè il grano è già staccato dall'involucro nella spiga matura e la battitura delle spighe non lo distacca, ma lo fa uscire: « granae quae spicis continentur perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas non novam speciem facit, sed quae est detegit ».

(4) Se però la cosa divenuta parte integrante di un'altra rimase potenzialmente nel dominio del suo proprietario anteriore, avvenuto il distacco, ritorna ad essere oggetto attuale del dominio stesso: v. avanti.

pure un contrasto dell'elemento personale e dell'elemento reale.

Principio è appunto che domino dei frutti è il proprietario della cosa madre (1): fr. 2, 6 D. *h. t.*, fr. 25 pr. D. 22,1.

Questo principio è nel diritto romano mantenuto anche in caso di affitto e di usufrutto della cosa madre. Nella prima ipotesi i frutti si considerano passati in proprietà del conduttore solo per effetto di una tradizione, che gliene fa il domino: tradizione che si compie colla *perceptio voluntate domini* (consenso previamente dato nel contratto) (2). Da ciò deriva che i frutti staccati per fatto naturale o per opera di un terzo sono in proprietà del domino (3).

287. Anche l'usufruttuario non acquista i frutti della terra che per mezzo della percezione (4); se

---

(1) Si ritiene questa essere la precipua causa sostanziale del frutto: «non iure seminis, sed iure soli»: fr. 25 pr. e § 1 D. 22, 1; cfr. § 19 I. 2, 1; fr. 5, § 2 D. 6, 1, ecc.

(2) «Fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum *quia voluntate domini eos percipere videatur* suos fructus facere»; fr. 61, § 8 D. 47, 2. Sulla *tradizione* che si compie in questa ipotesi (nei suoi elementi sostanziali, se non nella sua forma comune) v. il fr. 6 D. 39, 5. Da questo passo resulta che se il domino ritira il consenso prima della *perceptio*, i frutti rimangono suoi sebbene colti dal conduttore (salvo il rimedio personale pel risarcimento): «si postea, ipsius factum avocare non possum; quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate».

(3) Fr. 61, § 8 cit. Invece «eius, qui vectigalem fundum habet, *fructus fiunt simul atque solo separati sunt*» fr. 25, § 1 D. 22, 1. Lo stesso deve dirsi per l'enfiteuta: *Bas.*, XXIII, 3, 25 e sch. 'Ἀνάγν. Hb. III, p. 706.

(4) Fr. 12, § 5 D. 7, 1: «fructus non fiunt fructuarii.

vengono furtivamente colti da un terzo la *condictio furti* spetta quindi al domino (fr. 12, § 5 cit.). Lo stesso deve dirsi probabilmente della lana, del latte e degli altri frutti degli animali. Riguardo ai nati di questi, la regola che ci è data nelle fonti è che «*statim* naturali iure dominii fructuarii sunt» (1). Io non credo che qui sia data una regola speciale: lo *statim* non significa *al momento della separazione*, ma significa che i nati dei singoli animali diventano *subito* proprietà dell'usufruttuario (che li abbia percepiti) a differenza dei nati del gregge, che diventano proprietà dell'usufruttario solo quando costui abbia riparato i vuoti lasciati dai *capita demortua*(2).

---

nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur». Cfr. fr. 25, § 1 D. cit. Dal fr. 13 D. 7, 4 si ricava che l'*olea, quae per se deciderit* non appartiene all'usufruttuario, che non l'abbia occupata: § 36 I. 2, 1.

(1) § 37 I. 2, 1; cfr. fr. 28 pr. D. 22, 1. Si disputa se sia una regola speciale per questa categoria di frutti, o se sia una traccia di una diversa dottrina generale circa l'acquisto dei frutti da parte dell'usufruttuario rimasta per svista (al che però contraddice il fatto che i §§ 36, 37 I. cit. derivano dalla stessa fonte) o se sia una specie di *perceptio,* nel qual caso la decisione si dovrebbe limitare all'ipotesi normale che la madre sia *sub custodia* dell'usufruttuario.

(2) Ciò appare chiaro a chi mediti il contesto de' §§ 37, 38 I. cit. che derivano dalla stessa fonte. Da questa è estratto anche il fr. 28 pr. cit. La parificazione del *possessor b. f.* e del *fructuarius* in questo passo sta in contrapposto alla diversa posizione rispetto all'obbligo della *submissio*. Circa la fonte del gruppo §§ 35-38 I. 2,1 v. le mie *Fonti delle Ist.*, p. 152 (= 22); nulla importa che io abbia ivi *obiter* fatto adesione alla teoria dominante. Per la *submissio* v. più avanti, dove si tratterà dell'usufrutto.

La *perceptio* non si può ricondurre ad una *traditio:* essa è un'azione sulla cosa, a cui l'usufruttuario è abilitato dal suo *ius in re* in luogo del domino. Egli percepisce rettamente e fa suoi i frutti, nonostante il divieto di questo.

238. Questo trattamento dell'usufrutto si spiega con ragioni storiche: l'istituto ebbe già per opera dei giuristi repubblicani, avvezzi a dare alla causa sostanziale la massima importanza, il suo regolamento fondamentale. Non così fu invece per il *possesso di buona fede*, la cui nozione precisa e la cui disciplina non si stabilirono che tardi sotto l'impero. La considerazione che l'opera personale del possessore è determinata per la produzione dai frutti indusse ad attribuire a lui i frutti dal momento della separazione. Pertanto non s'avrebbero dovuto attribuirgli che quei frutti, che veramente provenissero dall'opera sua e questa dottrina fu anche proposta da qualche giureconsulto (1): ma evidentemente per le gravi difficoltà di pratica applicazione essa fu ab-

(1) Cfr. Pompon., fr. 45 D. 22,1: « Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, velut serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silva ceciderit, non fit eius, *sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia* NON EX FACTO EIUS *is fructus nascitur* ». Notevoli sono le difficoltà che il passo ha recato ai Greci (*Bas.*, *Hb.*, II, 718). La motivazione, se non la limitazione, si trova nelle parole del § 35 I. 2, 1: « placuit fructus... eius esse *pro cultura et cura* », che a mio avviso furono a torto ritenute interpolatizie. Contro i tentativi di Ubbelohde (*Ztschr. f. R. G.*, XI, 253), di Eisele (*Ztschr. d. S. St.*, R. A. XIII, 146) di Pernice (*Labeo* 2², 1, 358 sg.) mi pare decisivo il fatto che altri giuristi si credettero obbligati di combattere la dottrina così intesa.

bandonata e rimase principio generale che « bonae fidei possessor fructus suos facit » (1). Secondo la sentenza che prevalse occorre la *bona fides* al momento della separazione (2).

289. Nel diritto giustinianeo però il domino che rivendica la cosa del possessore di buona fede ha diritto ai frutti, che siano tuttora *extantes*, che cioè non siano stati ancora consumati (3). Le molte in-

---

(1) Cfr. Giuliano, fr. 25, § 1 D. 22, 1 che argomenta dal trattamento dell'usufruttuario e Paolo, fr. 48 pr. D. *h. t.*, che scrive: «bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos... facit, *non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes*». Ferrini, *Specif.*, p. 36 sgg. coll'assenso di Girard, *Manuel*, p. 314.

(2) Per Giuliano ancora (fr. 25, § 2 D. 22, 1): « bonae fidei emptor quod ad percipiendos fructus intellegi debet, *quamdiu evictus fundus non fuerit* ». Pomponio è dubitante (fr. 48, § 1 D. *h. t.*). La dottrina accennata nel testo è in Paolo (fr. 48, § 1 cit. : cfr. Ulpiano, fr. 23, § 1 *ib.*).

(3) § 35, I. 2, 1: « *Et ideo* si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus [ab eo consumptis] agere non potest ». Le parole messe fra uncini sono in diretta contraddizione colla v. *ideo,* che precede. Cfr. § 2, I. 4, 17. La nuova regola ha cagionato una lunga serie di interpolazioni, su cui sono ormai quasi tutti (*contro* Petrazycki, *Fruchtverteilung*, p. 146 sgg.) concordi: Zachariae, *Instit.*, p. 286 sg. Pellat, *Propriété*, p. 306 sg.; Alibrandi, *Possesso*, p. 126 sg. Czylarz, *o. c.*, p. 571 sgg. Pernice, *o. c.*, p. 357 sgg. Dove il testo dice che il *possessor b. f.* fa suoi i frutti, i compilatori inseriscono *interim* o *consumptos* (*si eos consumsit*, ecc.): cfr fr. 4 § 19 D. 41, 3 : fr. 48 pr. *h. t.* : fr. 1, § 2 D. 20, 1 : fr. 4, § 2 D. 10, 1 : fr. 40 *h. t.* Oltre i passi rimasti nelle fonti che conservano l'antico principio (ad es. fr. 25, § 1 D. 22,

terpolazioni non lasciano vedere chiaro il pensiero del nuovo legislatore; è però probabile che anche secondo il diritto giustinianeo il possessore di b. f. acquisti la proprietà dei frutti, che sorga però *officio iudicis* l'obbligazione di restituire gli *extantes* al domino che evince la cosa madre. Un'azione separata per riavere i frutti non si può contro di lui esperire (1).

---

1), bisogna notare che il *poss. b. f.* fa suo ciò che proviene dallo opere del servo: tale categoria di acquisti è costantemente paragonata all'acquisto dei frutti (su questo argomento insiste sovratutto lo Czylarz). Mentre nel diritto giustinianeo il *dominus* ottiene *officio iudicis*, rivendicando la cosa madre, i *fructus extantes*, è certo che nel diritto classico non vengono in considerazione i frutti nella *R. V.*, che dalla *litis contestatio* in poi: *Vat. fr.* § 17: Paul., *Sent.*, 5, 9, 2. Ancora lo Stefano (sch. 117 *Suppl. Bas.*, p. 25) illustrando il fr. 44 *h. t.* insegna che: εἰς τὴν σπεκιαλίαν *in rem* (cioè nelle *rei vindicatio*) οὐ καταφέρονται οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποί. La scuola francese fa datare l'innovazione da Diocleziano in base alla c. 22 C. 3, 32: « Certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bona fide vero extantes, post litis autem contestationem universos ». Ma di fronte a tale costituzione del 294 ve ne ha una del 369, che mantiene l'antico principio (c. 1 C. Th. 4, 18 alterata nella c. 2 C. 7, 51): il che fa supporre che la c. 22 sia interpolata. La c. 1 cit. fa datare la responsabilità del possessore di *b. f.* pei frutti dal momento della *litis contestatio*. La riforma fu in parte agevolata dalla nuova procedura.

(1) Le fonti non parlano che del possessore di m. f.: « a praedone fructus et vindicari extantes possunt et consumptos condici »: fr. 22, § 2 D. 13, 7; fr. 15 D. 25,1; fr. 55 D. 12, 6. Il fr. 18 D. 44, 1 va inteso alla stregua de' precedenti. Sul fr. 78 D. 6, 1 cfr. Pernice, *Labeo* 2[2], 1, p. 365 sg.

290. Le cose fin qui ragionate si applicano al possesso di cose singolari e alla *rei vindicatio*. Al contrario i frutti percepiti delle cose ereditarie aumentano il patrimonio ereditario e, formando parte di questo, possono essere rivendicati coll'azione generale anche dal possessore di buona fede (1). I frutti consumati prima del processo dal possessore di m. f. sono per disposizione del s. c. giuvenziano coinvolti nella *petitio hereditatis:* circa il trattamento antecedente siamo all'oscuro.

291. L'attrazione reale si ha tutte le volte che una cosa si congiunge alla mia in modo da costituire una parte integrante di questa: normalmente abbiamo dunque un incremento della proprietà esistente anzichè un acquisto di proprietà nuova (2). Nella teoria delle cose abbiamo veduto come resultato della riunione può essere un *corpus* συνημμένον in cui ciascune degli elementi mantiene il proprio *spiritus* ovvero, se l'unione è intima, può risultare un corpo semplice, *quod uno spiritu continetur*. E si è visto (e sarà ora riconfermato) quali siano in ambo i casi le diverse conseguenze. Nel primo caso possiamo usare il termine generico di *congiunzione*; al secondo meglio si addice il termine tecnico di *accessione*. Intermedia fra le due figure è quella della *inedificazione*. Del resto le varie figure si intrecciano ed avvenimenti simili portano a resultanze difformi. Noi parleremo prima dell'incremento che avviene per accessione e congiunzione nella pro-

---

(1) Fr. 13, § 7; fr. 20, § 3; fr. 55 sq. D. 5, 3; fr. 40, § 1 *ib.*

(2) L'attrazione reale è meravigliosamente espressa da Paolo, fr. 23, § 4 D. 6, 1: «res mea per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit».

prietà mobiliare e poi di quello che avviene nella immobiliare (1).

---

(1) Nel caso che più oggetti di proprietarii diversi vengano, senza lesione della loro integrità individuale, a mescolarsi insieme, ciascuno dei proprietarii conserva il dominio sui proprii, ad es. «si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint»: § 28 I. 2, 1. Si intende che la mistione non sia avvenuta per volontà reciproca de' proprietarii mediante una *mutua tradizione:* in tal caso sorge una *communio pro indiviso.* Gli stessi principii valgono pur se gli oggetti singoli commisti non siano più discernibili (ad es. grani di frumento) perchè è sempre vero che «singula corpora in sua substantia durant». In tale ipotesi la rivendica assume però carattere particolare: si rivendicano da ciascun domino non i singoli chicchi, che ormai sarebbe impossibile sceverare, ma una corrispondente quantità complessiva: «quantum paret in illo acervo A.i A.i esse» (fr. 5 pr. D. 6, 1: «in rem actio pro modo frumenti cuiusque» § 28 I. cit.) Manca anche lo possibilità di tale rivendica, quando vien meno la certezza che nel miscuglio si conservino ancora gli enti di un dato proprietario; ciò avviene se le monete di Tizio sono state mescolate colle mie e insieme ad esse adoperate per pagamenti, ecc., mentre mi sopraggiungono nuovi introiti. È ovvio che se Tizio dopo un certo tempo volesse rivendicare il *suo denaro,* non potrebbe dimostrare che le sue monete si contengono nel cumulo presso di me esistente, e tanto meno *quante* vi si contengano. Donde la celebre decisione di Cassio Longino (fr. 78 D. 46, 3): «si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt; si mixti essent ita, ut discerni non possent, *eius fieri qui accepit* in libris Gai scriptum est». Questo suole avvenire pel denaro, appunto per la sua continua circolazione, a cui è destinato in modo eminente (donde le opportune limitazioni, con cui il Bekker vuole intesa la regola del fr. 78 *Pand.*, I, § 75): cfr. Comte, *Erwerb des Eig. an Geldstücken durch Verm.*, spec. p. 15-18. Verificandosi lo stesso fatto (che però si dovrebbe provare) per altre quantità

292. A. Era opinione di Cassio: « si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse » (fr. 23, § 5). La *ferruminatio*

---

di fungibili, si dovrebbe avere lo stesso resultato: Ascoli. *Contributo alla teoria della confusione* (dalla *Riv. It. per le sc. giur.* IV, 1), p. 9 sgg. Le medesime regole valgono ancora quando due cose di proprietarii diversi si confondano (non per comune volontà) in modo da compenetrarsi, ma pur rimanendo separabili. Ognuno può rivendicare la cosa sua. P. es. se il mio piombo venisse fuso insieme al tuo argento in un'unica massa: *quia separari potest* (fr. 5, § 1 D. 6, 1), io lo posso rivendicare, ottenendone la separazione. Però se le due cose non fossero più separabili, si attribuisce un condominio giusta la proporzione dei singoli elementi sulla massa resultante. Questo avviene se il mio argento è stato fuso in una sola massa col tuo, poichè è ormai impossibile separare l'uno dall'altro degli originarii ingredienti (« erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus... etiam communi dividundo agi poterit »: fr. 3, § 2 fr. 4 D. 6, 1); se il mio vino è stato versato insieme al tuo (§ 27 I. 2, 1), ecc. Lo stesso si dice perfino se due materie diverse sono state confuse in modo indissolubile (come era per la tecnica romana la fusione del rame e dell'oro in una sola massa), benchè si ammetta che « utraque materia (ingrediente originario), etsi confusa, manet » (fr. 5, § 1 D. 6, 1: Ferrini, *Specif.*, p. 43). Valgono invece le regole della specificazione, quando ciò che resulta dalle varie materie messe insieme per la sostanza o per la forma costituisce una *nova species:* cfr. § 25 i. f. I. 2, 1 fr. 5, § 1 D. 6, 1: « si ex melle meo vino tuo factum sit mulsum, eius potius esse qui fecit, *quoniam suam speciem pristinam non continet* »: lo stesso vale per l'elettro che uno fabbrichi coll'oro proprio e l'argento altrui (§ 27 I. cit.) e viceversa.

si ha quando il ferro è direttamente congiunto a fuoco col ferro (1). Ad essa si contrappone la plumbatura (κολλᾶν διὰ μολύβδου, come hanno i Greci): p. e. quando due pezzi di ferro sono saldati insieme mercè il piombo: « quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit ». Nel caso della saldatura a piombo si hanno i due pezzi di metallo che mantengonsi pur nella congiunzione distinti (*corpus ex cohaerentibus*), sicchè finchè l'unione dura il proprietario della parte principale ha la proprietà formale del tutto, conciliabile colla proprietà *virtuale* o *quiescente* dell'altro il quale « ad exhibendum agere potest, ut separentur (iuncta sive adiecta) et tunc vindicentur ». Tanto più la rivendica si potrà esperire se il pezzo venisse in altro modo a staccarsi. Invece nella *ferruminatio* qualunque distinzione fra i due pezzi scompare e si ha un corpo semplice (ἡνωμένον) (2).

---

(1) I Greci (*Bas.*, XI, 1, 23) usano il verbo λιπαίνω. Il Pampaloni ha messo bene in chiaro questo significato (*Arch. Giur.*, XXIII, p. 223 sgg.); egli ritiene che i Romani parlassero di *ferruminatio* anche in altri casi, in cui credevano che avvenisse unione diretta fra due pezzi omogenei di metallo (p. e. di oro con oro, argento con argento), stimando che la santerna e la giallamina non avessero che ufficio di fondente. Cfr. fr. 27 pr. D. 41, 1.

(2) Fr. 23, § 5 cit.: « non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua *uno spiritu continetur* ». Ora sappiamo (fr. 30 pr. D. 41, 3) esservi « unum (genus corporum) *quod continetur uno spiritu* et graece ἡνωμένον vocatur ». Il fr. 30 pr. contrappone a questo genere quello dei *corpora ex coharentibus* (συνημμένα). Tanto più strano si è che il fr. 23, § 5 cit. parli della statua (cui il braccio fu unito per ferruminazione) come di un *corpus ex cohaerentibus*. È evidente che la chiusa fu malamente abbro-

Se di due pezzi ferruminati non si può dire quale sia il principale (1), o si dovrà ammettere condominio, od eccezionalmente ricorrere all'elemento personale e attribuire la proprietà a colui, « cuius nomine massa ferruminata est » (2) (3).

293. B. Secondo il § 26 I. 2, 1 (tolto dalle *res cottidianae* di Gaio) il filo di porpora intessuto nel drappo altrui perde affatto l'individualità sua (*res extincta*): resta assorbito nella totalità del drappo e nel dominio correlativo: « licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento » (4).

---

viata e non fu mantenuta la distinzione che il giurista poneva fra corpi semplici e *corpora cohaerentia* in contrapposto ai « corpora quae ex distantibus corporibus essent ».

(1) Se si tratta di cose aventi una figura determinata, sarà principale quella che determina l'essenza o la funzione del tutto. Se si tratta di due masse informi, si deciderà secondo il volume o il pregio.

(2) Fr. 27, § 2 D. *h. t.* Ciò si intende, qualora si ammetta la teoria di Cassio che *ex ferruminatione* si faccia un corpo semplice in cui si consuma affatto l'individualità assorbita. Secondo la diversa teoria di Pegaso e Proculo, che non distinguevano tra ferruminazione e *plumbatura*, ciascuno rimaneva proprietario del suo pezzo e poteva agire pel riaverlo. La congiunzione qui non rendeva neppur necessario di far precedere l'azione *ad exhibendum*, poichè non essendovi parte principale e determinante, non v'era chi avesse una proprietà formale sul tutto: cfr. *l. c.*

(3) La questione dell'acquisto della proprietà è indipendente dalle ragioni di risarcimento, che possono competere a chi aveva il dominio del pezzo ferruminato. Nel diritto giustinianeo costui ha in mancanza di altri rimedii un'azione *in factum* (fr. 23, § 5 cit. *interpol.*).

(4) Il fr. 23, § 1 D. 34, 2 mette assieme le *picturae in-*

Ma anche tale opinione, che parimenti va attribuita ai sabiniani, non ebbe unanime accoglienza (1): deve ammettersi però in diritto giustinianeo.

294. C. Il colore, in cui viene tinta la lana o la stoffa, è assorbito nella proprietà di quest'ultima: arg. fr. 26, § 3 D. *h. t.*

295. D. Nella scrittura i caratteri sono parimenti assorbiti nella proprietà della materia (papiro, pergamena) su cui sono messi (2), Lo stesso dovrebbe dirsi per la pittura, come infatti sostennero alcuni

---

sitae e i *clavi qui vestibus insuuntur*: tuttavia questo frammento non si rapporta alla presente questione.

(1) I proculiani videro anche qui verosimilmente un caso di *mera congiunzione* e diedero all'antico proprietario della porpora l'*actio ad exhibendum* e quindi la rivendica. Tale è ancora l'opinione di Ulpiano: fr. 7, § 2 D. 10, 4: «si armario vel navi (aptaveris) tabulam meam vel ansam scypho iunxeris, vel emblemata phialae, *vel purpuram vestimento intexeris* aut brachium statuae coadunaveris». Anche nell'ultimo esempio non si distingue (e ciò pure in conformiatà alla teoria proculiana) tra ferruminazione e piombatura. Ciò è tanto più credibile, in quanto che qui Ulpiano cita e segue Pomponio, che in queste materie accetta le dottrine proculiane, come ho dimostrato anche sopra. Poco serii i varii conati di conciliazione, su cui v. ad es. Pampaloni, *Arch. giur.*, XXXI, 45, n. 18. Anche l'opinione dell'egregio romanista non mi pare da accogliere.

(2) «Literae quoque, licet aureae sint, chartis membranisve cedunt»: fr. 9, § 1 D. *h. t.* (§ 33, I. 2, 1): «cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est»: fr. 3, § 14 D. 10, 4. *Ibid.*: «si charta mea non fuit... *vindicare non possum nec ad exhibendum experiri*» (sebbene abbia scritto io col mio inchiostro). Però «si eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoveri potero»: Gai., 2. 77.

giuristi romani (1): ma prevalse pei giuristi romani e per Giustiniano (2) la considerazione del pregio della pittura, per cui fu attribuita al pittore, che avesse dipinto su tela altrui, la proprietà del quadro. Occorre però osservare che ciò non si riferisce agli affreschi sui muri, ecc. (3) (4).

296. Veniamo agl'incrementi che per accessione subisce la proprietà immobiliare.

A) « Arbor radicitus eruta et in alio (loco) posita, priusquam coaluerit, prioris domini est: *ubi coaluit* agro cedit: et si rursus eruta sit. non ad priorem dominum revertitur nam credibile est alio terrae alimento aliam factam » fr. 26, § 2 D. *h. t.* (5). L'al-

---

(1) Paolo, fr. 23, § 3 D. 6, 1 *id.* « quod in tabula (mea) pingitur statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae; sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest »

(2) Gaio, 2, 78: « *magis dicitur* tabulam picturae cedere ». Di ciò pareva a Gaio che non si desse alcuna valida ragione (giuridica). V. lo stesso Gaio in fr. 9, § 2 D. *h. t.* Enfaticamente, ma infelicemente, si cerca di giustificare tale opinione nel § 34 I. 2, 1.

(3) Fr. 38 D. 6, 1 cfr. fr. 39, § 1 D. 5, 3. Qui la pittura *cede all'edificio.*

(4) Il pittore rivendica dunque il quadro; però — se questo è in mano all'antico domino della tavola — dovrà rimborsargliene il prezzo per evitare l'eccezione di dolo. Se il quadro è nelle mani del pittore, l'antico domino della tela può intentare una *rei vind. utilis* (Gai., 2, 78: a mio credere *ficticia:* « si *tabula picta non esset*, tum si pareret eam tabulam A.i A.i esse »). In seguito alla *pronuntiatio* il pittore può evitare la condanna, restituendo *arbitratu iudicis* il *pretium tabulae*

(5) Fr. 7, § 13 e 9 pr. *ibid* ; Gai., 2, 74 (« si modo planta radicibus terram complexa fuerit »); fr. 31 I 2, 1;

bero, che comincia a vivere coi succhi del terreno fa parte della totalità organica del fondo (prescindendo pure dalla considerazione di Paolo, che durante l'unione si muta la sua sostanza) e viene perciò considerato come contenuto *uno spiritu* con questo (1), come assorbito nella *unitas* del corpo semplice e perduto quindi totalmente pel *prior dominus* (2). Lo spostamento della proprietà di un albero può avvenire quindi anche naturalmente, quando un albero immetta le sue radici, con cui naturalmente si nutre, in un fondo vicino (3).

---

fr. 9, § 2 D. 39, 2 (« nec arbor potest vindicari a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit ») fr. 5, § 3 D. 6, 1.

(1) « Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo »: Pomp., fr. 40 D. 19, 1.

(2) Salve le ragioni di risarcimento: « Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant » fr. 5, § 3 D. 6, 1 (dove però è da notare, che i Greci (*Bas.*, XV, 1 c. 5) non conoscono che una ἀγωγὴ κατά νόμους). La rivendica è esclusa dal fr. 9, § 2 D. *cit.* Forse la decisione di Varo e di Nerva si riferiva a qualche ipotesi particolare, di cui non siamo informati. L'*utilis actio in rem*, se davvero fu ammessa, dovette essere fittizia (« si arbor cum terra non coaluisset, tum si pareret, etc. ».

(3) « His conveniens est, quod si vicini arborem ita terram meam presserit, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem; rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius in fundo radices egisset »: fr. 7, § 13 D. *h. t.*, cfr. fr. 22 pr. D. 43, 24. Un albero sul confine, che si alimenta colle radici in ambedue i fondi, fa parte « pro regione cuiusque praedii » (fr. 8 pr. D. *h. t.*) della totalità di entrambi; se viene evulso, nasce un condominio *pro indiviso* « sicut massis confusis » fr. 19 pr. D. 10, 3; fr. 83 D. 17, 2; fr. 7, § 13 D. *cit.* Se però un albero trae la sua vita da un fondo, in cui ha le

B) « Eadem ratione frumenta quoque. quae sata sunt, solo cedere intelleguntur » (fr. 9 pr. D. 41. 1) (1).

297. C) Qui va trattata l'importante categoria degli incrementi fluviali. All'uopo gioverà richiamare quanto fu osservato più sopra in genere circa le condizioni giuridiche de' *flumina publica*. Il caso, a cui si riconducono quasi tutte le decisioni che abbiamo nei testi o che dobbiamo supporre generalizzato nel diritto giustinianeo (2), è quello che il fiume interceda fra fondi arcifinii, senza essere stato riservato o assoggettato a trattamento speciale: nel qual caso il confine (variabile) tra i fondi rivieraschi delle opposte rive è costituito dalla linea mediana dei fiume. La proprietà dei frontisti sull'alveo è meramente potenziale finchè l'alveo è coperto dalle acque e serve agli usi pubblici; diventa attuale (salve sempre le limitazioni della proprietà della riva, di cui v. avanti) se l'alveo emerge sta-

radici principali e manda solo qualche propaggine accessoria nel fondo vicino, queste si considerano come accessioni dell'albero e però del fondo, dove questo ha la sua precipua consistenza (« radices, quae in fundo meo sint, tuas fieri, quia his accessiones sint »: fr. 22 pr. cit.). Il proprietario pertanto del primo fondo ha la negatoria per far togliere quelle radici, come potrebbe far rimuovere una sporgenza dell'edificio vicino: fr. 6, § 2 D. 47,7. La chiusa, come prova la *pessima consecutio temporum* e l'errore giuridico che vi è incluso, è interpolata.

(1) Gai., 2, 75; § 32, I. 2,1; fr. 53 D. 6, 1. Cfr. il principio già ricordato che « fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur » : fr. 25 pr., § 1 D. 22, 1.

(2) Accenni a diverse *condiciones* cfr. in fr. 1, § 7 D. 43, 12; fr. 16 D. *h. t.*; Rudorff, *Gromat. Instit.*, p. 452. V. poi Frontino, *De controv. agr.*, lib. II, p. 49-52 L.

bilmente dalle acque medesime (1). I singoli casi di incrementi fluviali si riconducono tutti al concetto fondamentale della emersione dell'alveo e del conseguente affermarsi in atto della proprietà dei rivieraschi, combinato talora coll'altro degli spostamenti di proprietà consecutivi agli spostamenti della mediana. È quindi sotto l'aspetto giuridico identica la causa dell'acquisto (2), sia che trattisi di ampliamento della riva e di conseguente ritiro del fiume da una delle sponde, sia che trattisi di alveo derelitto e rimasto in secco, sia che trattisi di isola formantesi nel fiume. Ed ha importanza secondaria il modo con cui o la riva si distende o l'isola si forma. Premesse tali nozioni, potremo senza pericolo mantenere le categorie scolastiche della *avulsione*, della *alluvione*, dell'*alveo derelitto* e dell'*insula in flumine nata*, di cui imprendiamo a trattare.

298. I. Avulsione. Si designa dagli interpreti con questa parola il fenomeno della crosta riconoscibile di terreno strappata dalla *vis fluminis* da un fondo rivierasco e spinta contro o sopra un altro. Finchè non si unisce coll'alveo o col terreno sottostante, è chiaro che essa rimane nel dominio del proprietario del fondo, onde fu divelta; ma se dopo alcun tempo si opera l'unione, la quale suole specialmente avvenire per effetto della vegetazione e del collegamento per via delle propaggini dalle radici, essa resta as-

(1) Fr. 1, § 7 D. 43,12; fr. 30, § 1 D. *h. t.* (Celso) «solum (ripae) meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur et ideo, cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur» (è cessato l'uso pubblico). In questo senso «flumina censitorum vice funguntur»; fr. 30, § 3 *ib.*

(2) Fr. 7, § 1-6 D. *h. t.*

sorbita nella totalità del fondo (*uno spiritu*) e non è più rivendicabile (1). Il vero caso di incremento fluviale è quello in cui per effetto dell'avulsione si estenda la riva per emersione di una parte di alveo (per tacere dell'isola nata per avulsione, che è soggetta — dopo che la crosta abbia fatto presa coll'alveo — alle regole generali circa l'*insula in flumine nata*). Il caso di sovrapposizione può essere

---

(1) «Ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse» (fr. 7, § 2 D. *h. t.*). Le *Istituzioni* (§ 21, I. 2, 1) in un passo derivante dalla stessa fonte leggono: «.. si longiore tempore fundo vicini tui haeserit, arboresque quas secum traxerit in tuum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundi adquisitae essent». Parrebbe quindi che si discorra de' soli alberi. Ma il testo delle *Istituzioni* va emendato alla stregua dei Digesti: così richiede anche l'euritmia del passo. Nella prima parte si discorre della *pars* non ancora unita e si dice: *palam est tuam permanere*. La seconda comincia con *sed:* fa il caso che la crosta *haeserit longiore tempore* e delle radificazioni degli alberi parla solo per spiegare l'unione. È naturale che si debba attendere una decisione circa la *proprietà della crosta stessa*. La mutazione nel plurale è spiegabilissima; qualche correttore ha trovato naturale di riferire la frase al soggetto (*arbores*) più vicino. Si noti poi che è strano attribuire la proprietà degli alberi e non quella delle zolle, che li attorniano; che poi pei principii della *implantati* non basta per far sorgere la proprietà degli alberi, che qualche propaggine di radice si inoltri nel mio terreno, ma occorre, come si è detto, che vi si estendano le radici principali. Sulle varie opinioni v. Pampaloni, *L'isola formata per avulsione*, p. 13 sgg. Cfr. Anonimo nella *Thêmis*, VI, p. 111 sg.; Landucci, *Arch. giur.*, XXXI, p. 57 sgg. 498 sgg.; Schneider, *Krit. Vierteljahreschrift* XXVIII, p. 22 p. 370 sgg.; Pampaloni, *Rivista critica*, II, 44 sgg.; *Arch. giur.*, XXXII, p. 167 sgg. *L'isola*, ecc

dovuto anche ad altre cause; per es. una frana fa precipitare una *crusta* del fondo superiore sull'inferiore. Essa si può rivendicare, come i mobili, che il Tevere innondando « in aliena aedificia detulisset », salvo il risarcimento dei danni. Ma « ita demum autem crustam vindicari posse idem Alfenus ait, *si non coaluerit nec unitatem eum terra mea fecerit*.. (1) si iam cum terra mea coaluit.... mea facta est » (fr. 9, § 1, 2 D. 39, 2).

299. II. Alluvione: « quod per alluvionem agro nostro flumen adiicit iure gentium nobis adquiritur; per alluvionem autem id videtur adiici, quod ita paulatim adiicitur, ut intellegere non possimus quantum quoquo momento temporis adiiciatur » (2). Tale è invero la causa più frequente, per cui una riva si estende nel fiume a scapito dell'altra; ma il principio vale per qualunque causa, che produca tale fenomeno (3). Nel caso ordinario il fondo si accresce anche pei materiali, che il fiume va depo-

---

(Prato, 1885) e *Ancora sulla teoria dell'avulsione* (*Studi Senesi*, III, 4). Questi lavori del Pampaloni offrono il migliore contributo allo studio dell'argomento.

(1) Ciò significa che la *crusta* si è talmente congiunta col fondo, da essere assorbita nella totalità dello stesso corpo (semplice): cfr. l'*unitas* rende appunto il σῶμα ἡνωμένον (*continetur uno spiritu:* fr. 30 pr. D. 41, 3: *unitate maioris partis consumi:* fr. 23, § 5 D. 6, 1).

(2) Fr. 7, § 1 D. *h. t.* (§ 20 I. 2, 1): Gai., 2, 70: C. 7, 41.

(3) « Finem illis semper aquam fecerit et nunc quoque facere debeat »: Frontin., *de contr.*, p. 50, 6 sq. Per gli *agri adsignati* cfr. fr. 16 D. *h. t.*; fr. 1, § 7 D. 43,12 Aggeno Urb., p. 16 sq. Hyginus, p. 125 sq. Se però nel fiume cade il confine di *agri limitati,* cfr. Frontino, p. 50, 5; Rudorff, *Grom. Inst.*, p. 452.

sitando lungo la riva e che si immedesimano colla riva stessa in modo da non essere riconoscibili (1) (2). Di alluvione non si discorre pei laghi e per gli stagni (3); neppure se ne può di-

---

(1) Adducono i gromatici anche ragioni di convenienza «quod is solum amisit non statim transire in alteram ripam, sed abductum esse et elotum... hic forte cultum et pingue solum amiserit, apud illum autem harenae lapides et limum ablusio invectum remanserit» (Front., pagina 50, 1 sg.) Cassio Longino avrebbe anche osservato non essere ingiusto che qualche svantaggio a titolo di pena colpisca chi ha trascurato di munire la sua riva «quidquid aqua lambiscendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet» (Hyg., p. 124, 15 sg.). Anche Agg. Urb. (p. 16) osserva: «quae res necessitatem muniendae ripae iniungit». Si avverta che di regola non esistevano argini fatti per cura dello Stato; Brugi, *Intorno agli argini* (dagli *Atti dell'Acc. di Padova*, VII 4). Però anche la facoltà *ripae muniendae* aveva i suoi limiti: Brugi, *Le dottrine giur. degli agrim.*, p. 410, che dà del passo di Igino diversa interpretazione; ma v. più avanti nel testo di Igino la *possessoris neglegentia*.

(2) Gravi difficoltà reca il parere di Cassio (Aggeno, p. 17, 12 *et alibi*), dove, parlandosi delle vicende del corso del Po decorrente fra *agri limitati* (aventi però in certa misura il *ius alluvionis*, in quanto il confine era costituito dal fiume: v. *supra*), si dice: «si vero maiore vi alveum mutasset, suum quisque modum agnosceret, quia non possessoris neglegentia, sed tempestatis violentia abreptum apparet». È da osservare che a' tempi di Cassio la differenza fra le temporanee innondazioni e le invasioni durature delle acque non era forse ancora ben stabilita agli effetti giuridici: cfr. anche Brugi, *o. c.*, p. 414 sg. V. avanti.

(3) Qui non si tratta di una proprietà virtuale de' fron-

scorrere pei corsi d'acqua privati, che restano sempre nella identica condizione giuridica, sia che resti coperto, sia che emerga l'alveo.

300. III. Alveo derelitto: «si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit» (1). Questo almeno per gli *agri occupatorii* (2). Il nuovo letto che il fiume si scava invadendo i fondi privati diventa una *res nova* (3). Questa *res nova* ha la sua con-

---

tisti fino alla mediana: «suos... terminos retinent, *ideoque* in his ius alluvionis non agnoscitur»: fr. 12 pr. D. *h. t.*

(1) Fr. 7, § 5 D. *h. t.*; Celso, fr. 30, § 1 *ib.*: «cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit, quia iam populus eo non utitur». Cfr. fr. 56, § 1 *ib.*; § 23 I. 2, 1; fr. 1, § 7 D. 43,12.

(2) Se trattasi di *agri limitati*, per Ulpiano l'alveo è del primo occupante (fr. 1, § 7 cit), il che in pratica conduce a resultati poco difformi. Frontino, parlando a quanto sembra di terreni limitati (in riva al Po), e facendo l'ipotesi di una derelizione di alveo, si domanda «ad quem pertinere debeat illud quod reliquerit». E soggiunge: «... iuris periti... negant illud solum, quod solum populi Romani coepit esse, ullo modo usu capi (?) a quoquam mortalium posse, et est verissimum; ita neuter possessor excedere finem illum veteris aquae ullo iure potest aut debet» (p. 50, 13 sgg.). Non è del tutto inverosimile che da Frontino a Ulpiano siasi verificato un mutamento dovuto al continuo scadere della proprietà pubblica o al trattamento favorevole, che ebbero gli occupanti di proprietà pubblica (cfr. pe' *subsecira* Frontin., p. 54, 11). Tale in sostanza è l'avviso del Brugi, *o. c.*, pp. 417-422. Si potrebbe anche pensare a diverse condizioni stabilite nelle leggi di assegnazione.

(3) Il caso più certo di *nova species* negli immobili è

dizione giuridica particolare: è soggetta all'*usus publicus* per la sua natura di *flumen publicum* (1); mentre l'alveo (2) (diviso dalla mediana) è per attrazione reale devoluto nel dominio potenziale dei fondi che resultano rivieraschi (3). Se quindi il fiume abbandona anche il nuovo letto, questo non ritorna all'antico proprietario del terreno occupato; ma appartiene agli attuali frontisti (4).

---

appunto quello che un terreno asciutto si converta (durevolmente) in un bacino d'acqua o viceversa: fr. 7, § 5 D. *h. t.*: «ille ager, qui fuerat, DESIIT ESSE, *amissa propria forma*»: cfr. fr. 10, § 2, 3 D. 7, 4 (MUTATA RE), ecc. Ferrini, *Specif.*, p. 21. Non importa quindi se il fiume mutando alveo occupi il posto già tenuto da una *via publica*: fr. 38 D. *h. t.*

(1) In questo senso: «etsi privatus antea fuit, incipit tamen esse publicus»: fr. 1, § 7 D. 43, 12.

(2) «Natura fluminis haec est, ut, cursu suo mutato, alvei causam mutet»: fr. 30, § 2 D. *h. t.*

(3) Non così dicasi di una temporanea innondazione, che non *specifica* il fondo: «*inundatio* SPECIEM FUNDI *non mutat* et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit»: fr. 7, § 6 D. *h. t.* Forse a tempi di Cassio Longino questo caso non era ben distinto da quello di cui si parla nel testo: v. *supra*.

(4) § 23 I. cit.: «quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident». Nel fr. 7, § 5 *h. t.* si insegna la stessa cosa; ma si dice che ciò avviene *stricta ratione* e che «vix est ut id optineat». Non c'è dubbio che questi siano emblemi dei compilatori (di cui vi hanno non pochi esempi simili): ciò fa credere che la regola non si mantenesse più nel diritto giustinianeo; la prassi contraria era che «suum quisque modum agnosceret». Che quelle frasi non siano genuine di Gaio, appare anche dal contrapposto del § 6:

301. IV. *Insula in flumine nata.* Se il fiume, aprendosi un nuovo braccio, che indi ritorna a confluire nell'alveo principale, circuisce alcuni terreni e li riduce ad isola, non tramonta affatto l'originaria proprietà su di essi (1). Non sono questi i casi compresi sotto il nome di *insula nata in flu mine* (2).

Tale isola può nascere o — semplicemente — perchè una parte media dell'alveo rimane in secco, o perchè in mezzo all'alveo si forma un deposito alluvionale (3) o anche perchè una crosta riconoscibile di terreno si posa in mezzo al fiume e si congiunge coll'alveo sottostante (4). Il principio è lo stesso che per l'alveo derelitto: ciascun frontista è proprietario della porzione dell'isola che si trova

---

la tendenza della prassi era invece di considerare alla stregua delle innondazioni le occupazioni non definitive di un nuovo alveo.

(1) È il caso della *circumluvio*: fr. 7, § 4 D. *h. t.* e fr. 30, § 2 *ib.*; « agrum. qui alvei non fuit, amnis circumfluit... causa proprietatis non mutatur ». Igino, p. 124, 13 (*ex Cassio*): « si vero insulam (flumen) fecisset, a cuius agro fuisset, is possideret ».

(2) Neppure vi si comprende l'isola galleggiante: « insula, quae non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum eius non tangat, atque ipsa move(a)tur »: fr. 65, § 2 D. *h. t.* Tale è pure la crosta avulsa e galleggiante, finchè non si deponga e faccia presa coll'alveo sottostante.

(3) Questi due casi sono illustrati nel fr. 30, § 2 D *h. t.*

(4) Cfr. Pampaloni, *Dell'isola formata per avulsione*, 1885. L'isola può quindi formarsi anche artificialmente, p. es. con una fabbrica in mezzo al fiume.

fra la mediana e il suo fondo compresa fra le perpendicolari condotte dalle due estremità di questo sulla mediana (1).

Una volta formata, l'isola costituisce un fondo rivierasco ed è quindi secondo la mediana del braccio del fiume intercedente fra essa e l'opposta riva, che deve regolarsi la condizione degli incrementi fluviali (2).

Tale mediana deve anzi essere calcolata anche fra le sponde dell'isola non prospicienti i fondi rivieraschi e questi stessi; da ciò dipende che tutti gli incrementi alluvionali dell'isola già formata, qualunque sia la direzione in cui si protendono, appartengono a colui, dal quale l'isola venne primamente acquisita (3).

---

(1) Fr. 7, § 3 D. *h. t.* (§ 22 I. *h. t.*): fr. 29 *ib.*: «quantum enim ante cuiusque eorum ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus»: fr. 30 pr. § 2 *ibid.*: fr. 56 *ib.*: fr. 1, § 6 D. 43, 12, ecc. Per l'insula nata tra fondi limitati, le fonti giuridiche (fr. 1, § 6 *cit.*) ne attribuiscono il dominio al primo occupante. Il principio accennato nel testo è confermato nel fr. 65, § 2, 3 *h. t.*, dove però al § 4 si legge questa sentenza attribuita a Labeone: «si id quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insulae quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet». Molti sono i tentativi di spiegazione: il meno inverosimile è quello di avvicinare Frontino, p. 55, 19 sq., e supporre cioè che siano pubblici i fondi rivieraschi: «locus est publicus, si silvae etiam sunt iuxta hunc alveum — quae communalia nominantur». V. però Brugi, *o. c.*, p. 423 sgg. O forse si tratta di antiche opinioni circa la condizione dell'alveo emergente tra fondi limitati: cfr. *supra*.

(2) Chiarissimo è il fr. 65, § 3 D. *h. t.* Cfr. fr. 56, § 1 *ib.*

(3) Fr. 56 pr. D. *h. t.*

Sebbene l'isola abbia una consistenza distinta da quella del fondo rivierasco, pure è coinvolta nella maggior parte dei rapporti giuridici che lo riguardano, e giustamente, poichè in sostanza l'acquisto dell'isola non è che una manifestazione della proprietà del fondo. Significante è che chi ha comperato il fondo rivierasco può pretendere l'*insula* formatasi nel tempo intermedio fra il contratto e la consegna (arg. fr. 30 pr. D. *h. t.*).

Per l'usufrutto troviamo una decisione difforme (1), che si spiega collo sfavore che hanno nel diritto romano le limitazioni delle proprietà.

302. Dobbiamo ora discorrere della *inaedificatio*, la quale tiene in certo modo un posto di mezzo fra le mere congiunzioni e le accessioni propriamente dette, in quanto che il proprietario del suolo diventa proprietario dell'edificio, che vi si inedifica, sebbene con materiali altrui; ma tale proprietà dell'edificio è compatibile con una proprietà potenziale dei materiali riservata al loro antico dominio. Costui non li può rivendicare, finchè sono incorporati nell'edificio; non può nemmeno agire *ad exhibendum* per farli separare; ma quando siano separati li può rivendicare.

In compenso della negata azione *ad exhibendum* gli vien data un'azione al risarcimento pecuniario (*actio de tigno iuncto*), (2) (3). La proprietà del-

---

(1) Fr. 9, § 4 D. 7, 1. È notevole però che qui si confessi, che l'isola *proprietati accedit* o che solo *in certa maniera* si può considerare come un fondo a sè.

(2) Cfr. sovratutto il fr. 7, § 10 D. *h. t.*: «cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii... nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desiit eius dominus esse, sed tantisper neque

l'edificio si acquista al *dominus soli*, anche se un terzo edifica *nomine proprio* e con materiali proprii su fondo altrui; se però è in buona fede, conserva il diritto al risarcimento e al ricupero dei materiali, ove si abbiano a staccare. Nel caso di mala fede Gajo (1) nega a lui e l'uno e l'altro diritto: il diritto al ricupero, perchè « si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur », quasi abbia voluto donare; il diritto al risarcimento, poichè « culpa ei obiici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellegeret alienum » (2).

---

vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere, propter legem XII tab., qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet... Ergo si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus nunc eam vindicare et ad exhibendum agere ». V. Gai., 2, 75 sq.: § 29 I. 2, 1; fr. 23, § 7 D. 6, 1; fr. 50 D. 9, 2, ecc. Cfr. Pampaloni, *La legge delle XII tav. sul tignum iunctum*, 1884. L'azione è data in *duplum*, se il *tignum* è *furtivum*, senza distinguere fra buona e mala fede di chi ha operato la congiunzione o tiene l'edificio, nel quale i materiali sono incorporati. V. Tuhr, *Nothstand*, p. 191 sg.: Lenel *Ed. perp.*, p. 265 e da ultimo il Pernice, *Labeo*, 2, 1 pagina 317-320.

(3) La legge delle XII tavole (VI, 7-9 Schöll.) comprende il caso del *tignum aedibus iunctum* e di quello adoperato per sostenere le viti. Per entrambi la disposizione è la stessa; però sembra che la rivendica del secondo sia sospesa solo fino al termine della vendemmia *donec dempta*. Non è istituto nostro occuparci della restituzione del disputatissimo testo.

(1) Fr. 7, § 12 D. *h. t.* (= § 30 I. 2, 1).

(2) Contrasta la c. 2, § 1 C. 3, 32: « si vero fuerit dissolutum (aedificium), materia eius ad pristinum dominium

303. Fra i modi di acquisto derivativi del dominio merita nel diritto giustinianeo il primo posto la tradizione. La *mancipatio* e la *in iure cessio* sono scomparse e il modo comune di trasmettere *inter vivos* il dominio rimane appunto la tradizione, che consiste nell'apprensione del possesso della cosa per volontà del proprietario antecedente (o di chi per lui) in base ad una giusta causa. Nella forma esteriore, qualora venga isolato dagli altri elementi, il *tradere* è un atto equivoco; non si differenzia, sia che per esso si attribuisca a taluno la mera detenzione di una cosa (come nel deposito o nel commodato); sia che non se ne attribuisca che il possesso (come nel sequestro o nel precario); sia che se ne trasferisca la proprietà. L'efficacia particolare deriva da altri elementi; il possesso dall'*animus possidendi* sufficientemente estrinsecato; la proprietà dalla *iusta causa*, che vi si aggiunge: « nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si.. iusta causa praecesserit » fr. 31, pr. D. *h. t.*

---

redit, *sive bona fide sive mala fide aedificium extructum sit*, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint ». La contraddizione è apertamente confessata da Taleleo (sch. 188, *Suppl. Bas.*, p. 35) e la difficoltà pel diritto giustinianeo è tanto maggiore (anzichè minore, come la reputa il Pernice, *Labeo*, 2², 1 p, 386) in quanto che le parole in corsivo sono sicuramente interpolate. Nel diritto giustinianeo sorgono altre difficoltà (sempre sentite dagli interpreti migliori: Vangerow, *Pand.*, I⁷, p. 634) pel *ius tollendi* concesso al possessore che abbia edificato su terreno altrui. Cfr. pel possessore di b. f. il fr. 27, § 5 D. 6, 1; pel possessore di m. f. il fr. 37 *ib.*, i quali passi sono notoriamente interpolati (ad es. Pernice, *l. c.*, p. 383 sg.). Essi avevano già dato filo da torcere ai bizantini: Stef., *Suppl. Bas.*, p. 32.

304. Qui consideriamo la tradizione in questa ultima funzione. Occorre all'uopo che il tradente abbia la capacità in genere di alienare ed in concreto il diritto di farlo. Tale diritto è compreso nel dominio (a meno di speciali restrizioni) e dove si trova in chi non è domino, sempre scaturisce dal dominio. In questo senso « traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradit » (fr. 20 pr. D. *h. t.*).

Il procuratore infatti trade efficacemente in quanto rappresenta il dominio; il tutore e il curatore in quanto possono rappresentare i loro amministrati (Gai., 2, 64 : cfr. avanti); il creditore pignoratizio, in quanto che uno degli elementi del dominio, il *ius alienandi*, è parzialmente trasferito in lui come contenuto di diritto reale in funzione di limite del dominio stesso: § 1 I. 2, 8 (Gai., *l. c.*) (1).

Una vera eccezione è quella che concerne il fisco; diventa proprietario chiunque riceva dal fisco la cosa per una *iusta causa*, ancorchè il fisco non lo fosse: l'antico proprietario non ha che un'azione personale di risarcimento contro il fisco prescrivibile in quattro anni. Lo stesso principio fu esteso

---

(1) Fr- 46 D. *h. t.* Gaio nelle *Ist.* riconduce tale diritto del creditore pignoratizio alla volontà del debitore, che ha dato *ab initio* il suo consenso: Paolo, fr. 29 D. 10,2: « quod creditor egit pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset ». Ma tali spiegazioni non reggono, quando il dominio è passato dalle mani del debitore in quelle di terzi, che non hanno fatta alcuna *pactio* col creditore pignoratizio.

alle alienazioni fatte dall'imperatore o dall'imperatrice (1).

305. L'accipiente deve essere persona capace di acquistare il possesso; si può *accipere* per mezzo di altri, che siano in grado di acquistare a noi il possesso. Quindi per mezzo di quelli che sono *in potestate;* per mezzo di *procurator omnium bonorum* nel diritto classico (v. sopra) e « per omnem liberam personam » nel diritto nuovo (2).

Non occorre che la tradizione venga fatta ad una persona certa; il *iactus missilium* è da Gaio considerato come una *traditio in incertam personam* (3).

306. Elemento oggettivo essenziale della tradizione

---

(1) § 14 I. 2, 6 (dove è una breve storia delle disposizioni): c. 2 e 3 C. 7,37.

(2) Schlossmann, *Der Bezitzerwerb durch Dritte* e nella *Ztschr.* di Grünhut, VIII, 429 sgg. Scialoja, *Cultura*, II, p. 428. Circa il caso di dissenso fra l'intenzione del tradente che vuol far avere la cosa al rappresentato e il rappresentante che la vuol ricevere per sè, v. sopra.

(3) Fr. 9, § 7 D. *h. t.* (= § 46 I, 2, 1): « in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem ». Si dice che altri giuristi vedessero in questi casi una derelizione, che rende *nullius* ed occupabile la cosa, seguita dalla occupazione: fr. 5, § 1 D. 41, 7. Però il caso studiato da Pomponio non è precisamente quello del *iactus missilium:* altro è che uno getti la cosa alla folla perchè qualcuno la prenda; altro è che uno abbandoni la cosa (p. es. *aves emiserit*) provedendo che qualcuno l'occuperà: nel primo caso abbiamo chi « missilia *iactat in vulgus* » e il nesso fra i due atti è immediato ed evidente; nel secondo si può arguire che « cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri »; ma non vi ha l'unità dell'operazione.

è la *presa di possesso:* è questo pertanto uno dei casi, in cui la proprietà si acquista pel veicolo del possesso (1). Come la presa di possesso possa avvenire, si è già dimostrato. Tale presa di possesso deve essere vivificata da una *iusta causa* (2). La *iusta causa* è per noi quel negozio giuridico, di cui la tradizione è un elemento e che ha per effetto di trasmettere il dominio. Tali sarebbero la donazione e la costituzione di dote (reali: cfr. § 41 cit.): tale il pagamento in una *obligatio dandi*, la dazione a mutuo, ecc. (3). Questa causa deve essere effettiva,

(1) A torto si ritiene che nelle alienazioni fatte *inter vivos* alle Chiese e cause pie non si esiga pel trapasso della proprietà la tradizione, ossia la presa del possesso. La c. 23, § 4 C. 1, 2 dice solo che competano a tali enti, oltre che le azioni personali, « etiam in rem et hypothecaria secundum nostrae tenorem constitutionis » (la c. 1 C. 6, 43); ma ciò va inteso solo pei fedecommessi e i legati. È vero che il passo sembra parlare in genere; ma da una parte si avverta l'esplicito richiamo della c. 1 cit., dall'altra il fatto, che Giustiniano vuole assoggettare le azioni, di qualsiasi natura, che spettano in questi casi alla sola prescrizione centenaria.

(2) Cfr. fr. 31 pr. D. *h. t.* cit. Ulp., 19,7 « harum rerum (nec mancipi) dominium nuda traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis »: § 41 I. 2, 1. Se in altri testi non si fa parola di tale requisito, non è perchè non lo si riconosca, ma perchè nelle nostre fonti non sono riportati integralmente: cfr. fr. 9, § 3 D. *h. t.* preso dalle stesse *res cottidianae*, donde deriva il § 41 cit.

(3) Cfr. quanto fu detto circa la *causa* in genere. Veramente Paolo, fr. 31 pr. cit. dice: « si iusta causa *praecesserit* », e cita come esempio la *vendita*. La causa non sarebbe dunque *sincrona*, nè costituirebbe insieme alla tradizione stessa un negozio complesso. Ma da una parte

obbiettivamente esistente; sebbene la causa remota possa fare difetto. Così se io a torto stimo di dover pagare (giacchè assumo erroneamente che esista una *obbligatio dandi*), il pagamento è *iusta causa:* la proprietà passa ed io non posso rivendicare quello che ho dato, ma solo *condicere* siccome *indebitum* il soluto.

E ciò si avvera non solo quando l'errore sia comune ad ambo le parti (su di che non si disputa); ma anche quando l'errore circa la causa remota sia solo del tradente e l'accipiente conosca di ricevere un indebito (1). Poichè quando l'accipiente con·

è certo che si *trade* per adempire l'obbligazione (*causa solvendi*), non per vendere; ciò appare anche dal § 41 cit.; se Paolo qui cita la causa remota, può essere per illustrare quale sia la natura della *solutio* rispetto ad essa: giacchè, come si è detto, la *causa solvendi* ha essa stessa bisogno di determinazione. Cfr. Lenel, *Paling.*, I; Paul., 482.

(1) Contro specialmente il Vangerow, *Pand.*, III, § 625 3: cfr. § 695, 1. Bisogna distinguere il caso di *error in causa* (remota), che, sebbene del solo tradente, non rende inefficace il pagamento e non impedisce il transito de dominio, dall'*error in persona* o *in re*, che naturalmente vizia la tradizione: nella quale ipotesi l'accipiente che sia al fatto dell'errore del tradente commette furto: cfr. specialmente il fr. 80, § 5 D. 47, 2: Taleleo nello sch. σημ. *Bas.*, V, 445. Il fr. 18 D. 13, 1 si spiega interpretando *nummi indebiti* nel senso che risulta dal confronto de' §§ 2 e 3 del fr. 43 D. 47, 2. V. Ferrini, *Appunti sulla teoria del furto in d. r.* (anche in *Arch. giur.*, XLVII, 4. 5), capo I in f. Anche lo Scialoja, *Lezioni litogr.* (1885-86), che si avvicina molto alle idee svolte nel testo, crede necessario per la *causa prossima*, che il tradente si creda debitore, l'*accipiente creditore* e che entrambi *credano* di soddisfare. ecc. (p. 144 sg.). Come si è detto, basta che vi

sente alla volontà del tradente e si mette a sua disposizione per ricevere il pagamento, questo è senz'altro valido ed efficace (salva, ove sia concessa, la *condictio*).

Parimenti è valida la tradizione se la causa tipica sufficiente (*iusta*) esiste, ancorchè viziata da *turpitudo* (salva qui pure eventualmente una *condictio*). Non è invece *iusta* la *causa* e non vale la *traditio* a trasmettere il dominio, se il negozio giuridico a cui essa inerisce non mira ad uno scopo a ciò adeguato, ovvero se il negozio stesso è da speciale disposizione di legge privato di tale efficacia « donatio inter virum et uxorem » (1) (2).

307. Noi non possiamo quindi accogliere l'idea molto diffusa, che la *iusta causa* richiesta in tempo come fatto concreto a poco a poco sia andata perdendo importanza e che nel diritto classico essa si venga riducendo alla volontà rispettiva delle parti di trasmettere e di acquistare il dominio: volontà

---

sia tale opinione nel tradente. Ma da ciò non si deve arguire, come fa il Perozzi (*Tradizione*, p. 69 sgg.), che la causa sia *unilaterale* (ciò che viene da lui messo in accordo col punto fondamentale della tesi del suo elegante libro, *L'unilateralità della tradizione*). Anche l'accipiente concorre colla sua volontà a costituire la causa, come si è veduto nel testo.

(1) La *causa solvendi* nella vendita ha questo di particolare, che la sua efficacia è sospesa, finchè il compratore non abbia pagato il prezzo, a meno che *alio modo satisfecerit*, o a meno che « is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit » (41 I. 2, 1). Probabilmente l'origine storica della regola è da cercare nello svolgimento della mancipazione: Naber, *Mnemos.*, XVII, p. 400 sg.

(2) Male lo Exner (*Rechtserw. durch Trad.*, p. 337) riduce però la *iusta causa* ad un elemento negativo.

che di regola si esprimerà in un fatto obbiettivo e adeguato; ma che non lo presuppone necessariamente.

Secondo i sostenitori di questa dottrina, la tradizione sarebbe divenuta un negozio (un *contratto* anzi, come essi si esprimono in modo anti-romano) astratto e formale, come lo erano divenuti la mancipazione e la *in iure cessio* (1). Da una parte questa dottrina ha il torto di pretendere che le parti nella tradizione abbiano a mirare agli *effetti giuridici* (contro quello che in generale abbiamo dimostrato, parlando dei « negozii giuridici » e contro quello che in particolare (2) dimostrano testi

---

(1) In sostanza è questa la teoria del Savigny, *Obligat.*, 2, 420 sgg.; a meno che s'intenda che il fatto concreto sia un mezzo *indispensabile* di prova, nella quale ipotesi saremmo viceversa ad una infelice variante della dottrina che invece è propugnata nel testo e che è stata ben messa in chiaro anche dallo Scialoja (*Lezioni* cit., p. 157 sgg.).

(2) Lenel, *Iahrb. für Dogm.*, XIX, p. 181: Dernburg, *Pand.*, I, § 213, n. 1. Cfr. fr. 9, § 4 D. 22 6: «qui ignoravit dominum esse rei venditorem (costui non può certo volere acquistare il dominio), *plus in re est quam in existimatione mentis* et ideo, tametsi existimet se a non domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur ». Su questo passo a lungo discorre il Perozzi, *Trad.*, p. 189-204. A suo avviso il passo non ha difficoltà, sebbene egli ritenga che nel negozio giuridico l'intenzione delle fonti sia rivolta agli effetti giuridici, poichè la tradizione è essenzialmente atto *unilaterale* e cioè atto del tradente. Ma su ciò v. avanti. Intanto io non dubito che lo stesso si abbia a dire, se uno trade la propria cosa credendola altrui (arg. fr. 4, § 1 D. 40, 2 e § 11 I. 2, 20) e non potendo quindi avere l'intenzione di trasmettere il dominio.

espliciti): basta invece che esse si prefiggano lo scopo empirico di far avere e di acquistare il possesso (1) e che vi sia un fine adeguato perchè l'ordine giuridico vi possa annettere il transito del dominio. Dall'altra questa dottrina ha il torto di elevare ad atto formale (2) la tradizione, che evidentemente non si presta a tale funzione (3).

308. È chiaro che se ciascuna delle parti pensa ad una causa (4) diversa, non potrà in via generale venire in essere (per difetto di consenso) il negozio giuridico costituente la *iusta causa traditionis*. Però

---

(1) La *mancipatio* e la *in iure cessio* contengono veramente l'affermazione: « aio hanc rem *meam esse ex iure quiritium* » e le parti dichiarano quindi di *volere gli effetti giuridici*.

(2) Puchta, *Pand.*, § 148: Böcking, *Inst.*, 2, § 153: Gneist, *formelle Vertr.*, p. 123, Recentemente Girard, *Manuel*, p. 287.

(3) Una eccellente confutazione della dottrina qui combattuta è nel libro del Perozzi: in ispecie capo II, p. 140 sgg. La reazione fu però eccessiva, giacchè il valoroso romanista ha voluto (capo I) negare anche la *bilateralitá* della tradizione, riducendola ad un atto unilaterale de tradente. Ciò non è ammissibile (cfr. quanto diciamo nel testo in caso di divergenza circa la causa: v. fr. 9, § 3 D. 23, 3: fr. 36 D. *h. t.*, ecc.): si cancellerebbe proprio ogni distinzione fra la tradizione e la *derelictio* seguita da occupazione. È vero che nei testi si accentua più energicamente la funzione del tradente; ma questo si comprende poichè *da lui dipende* se ed in quale misura acquista l'accipiente.

(4) Causa prossima: altrimenti « non intellego cur inefficax sit traditio », p. es. se io credo « me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi ». Le parti convengono nella *causa solvendi*: fr. 36 D. *h. t.*

se l'intenzione del tradente copre tutta quella dell'accipiente o la eccede, avremmo un negozio *sui generis*, che può servire di causa alla tradizione. Io trado una somma a Tizio per donarglierla: egli la crede mutuata: è chiaro che la mia intenzione è più lata della sua: che vi ha quindi un fondamento del trapasso della proprietà (1), che non vi sarebbe nelle ipotesi inversa. Però non tutti i giuristi erano di tale avviso (2).

309. La tradizione è viziata dell'*error in corpore*, poichè o erra l'accipiente e non v'ha acquisto di possesso (cfr. sopra) o erra il tradente e l'accipiente non acquista il possesso *ex voluntate domini* (3). L'errore circa la persona dell'accipiente vizia parimenti la tradizione, se la considerazione della persona era essenziale (4).

(1) Giuliano (fr. 36 cit.) dice che in tale ipotesi «constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus».

(2) Ulpiano (fr. 18 pr. D. 12,1), che pur mostra di conoscere l'opinione di Giuliano, assevera «magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit». Non è da credere che queste parole scritte *obiter*, trattando di altro argomento, e inserite nel titolo *de rebus creditis* prevalgano per dirito giustinianeo a quelle ben più esplicite di Giuliano inserite nel titolo *sedes materiae*. I bizantini oscillano; ma Niceo non ammette che l'opinione di Giuliano, a cui piega con violenta esegesi anche quella di Ulpiano o anzi arriva fino ad esporre la dottrina della *tradizione astratta* (Τοῦ Νικ., *Bas.*, II, p. 613 sg.) con un processo logico simile a quello di molti moderni.

(3) Fr. 36 in D. *h. t.*; fr. 34 pr. D. 41,2: cfr. fr. 2, § 6 D. 41, 4.

(4) Fr. 52, § 11; fr. 66, § 4; fr. 80. § 5, 6 D. 47, 2 (l'esservi *furto* significa che non trapasssa il dominio).

Abbiamo già detto che, se erroneamente il tradente stima di dare o l'accipiente di ricevere una cosa aliena, mentre in realtà questa era nel dominio del primo, la tradizione è nondimeno efficace. Però se taluno crede quale rappresentante di tradere ad un terzo una cosa del principale, cui ignora essere propria, la proprietà non passa: poichè egli non aveva l'intenzione di tradere una cosa propria: l'accipiente non riceve *ex voluntate domini* e *nemo errans rem suam amittit* (1).

310. L'alienazione della proprietà è talora vietata per disposizione di legge o del giudice o per volontà di privati. Per legge è vietata al marito l'alienazione del fondo dotale; è vietata quella dei materiali di costruzione incorporati in un edificio: molti altri divieti vedremo nel corso del trattato (2) L'alienazione fatta contro il divieto è nulla. L'alienazione operata contro il divieto dell'autorità giudiziaria era certo inefficace in forza di rimedi pretorii (3). I divieti privati possono essere contenuti

---

(1) Fr. 35 D. *h. t.* S'intende però che se il rappresentante si sia anche personalmente obbligato a tradere (p. es. contraendo una compravendita), osterebbe alla sua rivendica l'*exceptio rei venditae et traditae*: cfr. fr. 49 D. 17. 1 (nel commento di Stefano correggi in luogo di τῇ ρει ἰουδικαται παραγραφῇ, τῇ ρει οὐενδιται παρ. e correlativamente la versione latina: sch. Τινὸς, *Hb. Bas.*, II, p. 129).

(2) Cfr. poi c. 1 C. 11, 55; c. 5 C. 8, 36 (37): Nov. 112, c. 1, ecc. Sui divieti portati dalle leggi agrarie cfr. Beaudouin, *Limitations des fonds*, p. 141 sgg.

(3) Cfr. fr. 7, § 5 D. 41,4 («quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit»); fr. 31, § 4 D. 42,5: «iudices... prohibebunt distrahere fundum, quem in territorio Gabinorum habet»: fr. 8 D. 50, 12.

tanto in atti di ultima volontà, quanto in atti fra vivi. Solo quando essi siano nella prima forma e si possano considerare quali fedecommessi a favore di determinata persona: « invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est », si devono stimare validi (almeno con efficacia obbligatoria); non invece se costituiscono (1) solo *nudum praeceptum*. Meno ancora vale all'uopo un divieto *inter vivos* (2).

---

(1) « Talem legem testamento non possunt dicere »: fr. 114 § 14 D. 30. Applicazioni: fr. 69, § 3. 77, § 27 D. 31; fr. 18 pr. D. 33,1: in altri testi si va più a rilento a ravvisare un fedecommesso; fr. 38, § 1, 4 D. 32. Pe' servi il divieto di alienazione poteva interpretarsi come un *fideicommissum libertatis:* fr. 24, § 7, 8 D. 40, 5 (fr. 10 pr. 12 *ib.*). Nella c. 2 C. 7, 26 il Pernice (*Labeo*, 3, 1, p. 62) riscontra pure un fedecommesso: i servi devono essere *restituiti* man mano agli eredi superstiti, finchè pervengano all'esclusiva proprietà dell'ultimo fra questi. Su questo passo si appoggia specialmente il Fitting per la tesi contraria (*Archiv für die civ. Pr.*, 51, p. 270 sgg.), nonchè sul fr. 38 pr. D. 32. Però è da avvertire che le ultime parole sono interpolate, come prova e la lingua (*exsolvisset* per *exsolveret*) e l'intima contraddizione: v. Gradenwitz, *Interp.*, p. 200. Non pare che una interpolazione fatta di passaggio deva ritenersi determinante neppure pel diritto giustinianeo.

(2) Fr. 61 D. 2, 14. Disputato è il fr. 7, § 2 D. 20, 5. Il debitore pignoratizio o ipotecario si obbliga a non vendere la cosa obbligata. Si domanda: « an pactio nulla sit talis, *quasi contra ius sit posita:* ideoque veniri possit? ». La risposta è: « certum est *nullam esse venditionem*, ut pactioni stetur ». Il cattivo latino fa sospettare una interpolazione; ad ogni modo si avverta che il pegno o l'ipoteca sono appunto un limite del dominio, in quanto trasferiscono in un terzo il diritto di alienare: sembra conforme al loro ufficio un patto accessorio che di tale diritto privi anche addirittura il domino

311. La proprietà si trasmette talora anche per atto dell'autorità giudiziaria. Questa di regola ha per ufficio di riconoscere i diritti, non di attribuirli; ma nei giudizii divisorii essa si sostituisce per necessità di cose alla volontà dei privati, che non riescono ad accordarsi: essa deve *aggiudicare* a ciascuno dei contendenti una cosa od una parte divisa di essa in esclusivo dominio (1). Direttamente per ordine del magistrato passa la proprietà quando, avendo il proprietario dell'immobile minacciante rovina rifiutato di dare la cauzione nonostante la *missio in possessionem* del querelante, il pretore emana il secondo decreto e attribuisce a quest'ultimo la proprietà (2) dello stabile. Parimenti se lo schiavo o l'animale altrui mi reca nocumento e il proprietario non lo difende, il magistrato con un suo *iussus* mi permette di tenere lo schiavo o il quadrupede (*ductio*), il che mi attribuisce un diritto affatto simigliante (3).

---

(1) Vedremo più avanti quale è la natura di questo acquisto. *Adiudicatio*, dicesi e il modo di acquisto e il relativo potere del giudice e la clausola inserita nella formola, che glielo attribuisce: Wlassak in Pauly, *Encyclop.*, I, p. 362. Il giudice può all'uopo costituire anche altri diritti reali. Nel diritto classico l' *adiudicatio* conferisce ora proprietà quiritaria, ora semplice proprietà pretoria (*Fragm. vat.*, § 47*a* fr. 44, § 1 D. 10,2).

(2) Proprietà pretoria pel diritto classico, convertibile in quiritaria per via di usucapione: fr. 15, § 16, 18, § 15 D. 39, 2.

(3) Fr. 26, § 6 D. 9, 4: «iussu praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit». Però il passo è per motivi rilevanti sospetto di interpolazione. Anche l'equazione che vi si riscontra fra *dominii adquisitio* e *in bonis fieri* non giova a comprovarne l'autenticità: cfr. Pernice, *Labeo*, 2^2, 1, p. 421 sg.

312. In qualche caso la proprietà si trasmette direttamente per disposizione della legge: così le merci defraudate alle dogane *ipso iure* diventano del fisco (1) o dei *publicani* (2): il condomino che non vuole contribuire alle riparazioni dello stabile commne e non paga entro quattro mesi la somma dovuta e gli interessi, perde per una disposizione di M. Aurelio la sua quota a favore del condomino, che ha fatto le spese (3); il domino che violentemente invade lo stabile posseduto da un terzo ne perde la proprietà a favore di questo (4) (5).

Circa l'acquisto per istituzione ereditaria e legato veggasi nel trattato delle successioni.

313. L'usucapione è l'acquisto della proprietà di una cosa per mezzo del continuato possesso; in capo ad un certo termine il dominio inattivo sulla cosa tramonta e il possesso si viene consolidando in dominio. L'usucapione rappresenta un modo originario di acquisto, giacchè non si diventa proprietario per alienazione del proprietario antecedente, ma per virtù del possesso esercitato. Una proprietà tramonta e l'altra sorge; ma non può dirsi

---

(1) Fr. 11, § 2 D. 39, 4: fr. 14 *ib.*: «quod commissum est statim desinit esse eius qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali adquiritur».

(2) Varr., *r. r.*, 2, 1, § 16: *de iure fisci*, § 18. Pernice, *Parerga*, II, p. 130 sg. V. un caso analogo molto curioso nella *lex metalli vipascensis*, l. 39 (cfr. l. 54).

(3) Fr. 52, § 10 D. 17,2.

(4) C. 7 Cod. 8, 4

(5) In questa categoria sono compresi i *caduca* e gli *ereptoria* secondo le leggi *Iulia et Papia Poppaea*. Ulp., 19,17. Le relative norme non valgono più pel diritto giustinianeo.

che una proprietà si trasmetta. Il fenomeno è affatto analogo a quello che avviene per l'*ager desertus*. Per una costituzione di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio (1) chiunque occupa fondi lasciati deserti dal domino e li coltiva ha diritto, se il proprietario vuole rioccuparli entro il biennio, alla rifusione delle spese; dopo il biennio ne diventa proprietario: « si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit ». Qui pure un dominio si forma per virtù della insistenza sulla cosa accompagnata dall'opera personale; per far luogo a questo dominio tramonta l'antico. Coloro, i quali riconducono questi casi ai modi derivativi di acquisto della proprietà, non riflettono che nell'alienazione precede ed è determinante l'attitudine di colui, che vuole trasmettere il dominio; e l'acquisto è conseguenza della perdita da parte dell'alienante (2); mentre nell'usucapione e casi affini la perdita del dominio da una parte non è che la conseguenza dell'acquisto fatto dell'altra: questo determina quella.

Il proprietario, che lascia deserto e incolto il suo fondo per lunghissimo tempo, non ne perde affatto per siffatta ragione il dominio; bensì lo perde, se un altro ne ha esercitato il possesso qualificato pel tempo richiesto (3) o lo ha (se incolto) coltivato per un biennio. Solo quando taluno scientemente lascia decorrere a favore del terzo possessore il pe

---

(1) C. 8 Cod. 8, 59 (58).

(2) Fr. 9, § 3 D. *h. t.*; fr. 18, § 1 D. 41,2 ecc.

(3) Precisamente questa è la nozione romana: Ulp., 19, 8: «*usucapio est dominii adeptio per continuationem possessionis*»: cfr. fr. 3 D. 41, 3.

riodo necessario per usucapire può dirsi in certo senso che alieni (1). E per vero qui possono applicarsi diverse regole attinenti alle alienazioni (2). E non costituisce un argomento insuperabile in contrario il fatto, che l'usufrutto e l'ipoteca non si estinguono, ma perdurano a limitazione della proprietà usucapita (3): il che per altro non deve intendersi genericamente.

314. Le dodici tavole (4) contenevano una disposizione per cui in due anni si convertiva in proprietà il possesso (*usus*) di un *fundus* e correlativamente cessava l'obbligo di prestare l'*auctoritas*: per le *ceterae res* bastava un anno (5). Questo modo di acquisto *iuris civilis* non era possibile che pei cittadini romani o almeno per gli aventi il *ius commercii* (« adversus hostem aeterna auctoritas ») e per le cose suscettibili di dominio quiritario. Non era quindi applicabile ai fondi provinciali. All'uopo sotto l'impero (6) si formò una *praescriptio longae*

---

(1) « Vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi »: fr. 28 D. 50,16.

(2) Ad es. i divieti di alienazione.

(3) Fr. 17, § 2 D. 7, 1 (dove veramente lo Stefano parla di *traslazione*: ἡ γὰρ usucapίων δεσποτείαν ἐφ' ἕτερον μετατίθησιν sch. 35 *Suppl. Bas.*; p. 72 sg.): fr. 44, § 5 D. 41, 3. Non è infatti inconcepibile che un dominio sorga *limitato*, quando preesistano le ragioni del limite: nel caso nostro tali ragioni sono date dalla stessa condizione del possesso antecedente.

(4) VI, 3. Cfr. Cicer., *Top.*, 4, 23 e *pro Caec.*, 19,54.

(5) Analogamente si acquistava in un anno la *manus*, ove non ci fosse stata l'interruzione legale.

(6) La più antica menzione è in un rescritto di Severo e Caracalla del 199 (Mommsen nella *Ztschr. der S. S.*, XIX, p. 195 sg.); ma l'istituzione è certo di data anteriore.

possessionis o *longi temporis*, per cui il possessore peregrino o il possessore di un fondo provinciale poteva difendersi contro la rivendica eccependo il possesso durato per un periodo stabilito (1). Fu per mezzo di costituzioni (2) a noi ignote, che a tale possessore si concesse al termine del *longum tempus* anche una rivendica. La *praescriptio* aveva determinati requisiti: in principio era necessario un *iustum initium possessionis* (3); poi si richiese, come per la progredita usucapione, la *iusta causa* e la *bona fides* (4). Nuove complicazioni si ebbero nel diritto nuovo. Una legge di Costantino sanciva che dopo 40 anni non dovessero più inquietarsi coloro, « qui sibi potius quam alteri possederunt » (c. 2 C. Th. 4, 13; c. 2, C. 7, 39). Teodosio II estese in genere la prescrizione trentennale a tutte le azioni, sia reali sia personali (c. 3 ib.): in tal caso il possessore (che non abbia i titoli per usucapire o per prescrivere *longo tempore*) oppone una *praescriptio longissimi temporis*, che però è rimedio puramente difensivo. Se il possesso passa ad altra persona, il proprietario (che è pur rimasto tale) può rivendicare senza timore di eccezione. Giustiniano (c. 8, § 1 ib.) diede in base ad un pos-

---

(1) L'istituto fu verosimilmente introdotto la prima volta in qualche editto provinciale; fu poi regolato dalle costituzioni imperiali (fr. 76, § 1 D. 18, 1). Per gli stabili il periodo richiesto fu di 10 anni *inter praesentes* (*abitanti la stessa provincia:* secondo un'opinione poi abbandonata *abitanti la stessa città* c. 12 pr. C. 7,33), di 20 *inter absentes.*

(2) *Veteres leges:* c. 8 C. 7, 37.

(3) Cost. cit. del 199. Paul., 5, 2, § 4.

(4) c. 1 § 1, C. 7, 33.

sesso di buona fede trentennale su cosa non rapita colla violenza la proprietà e quindi non solo la difesa, ma anche il rimedio per ricuperare il possesso. Inoltre (1) fuse i due sistemi dell'usucapione e della *praescriptio longi* e *longissimi temporis*, disponendo che di *usucapio* non si parlasse che pei mobili, all'uopo esigendo un possesso triennale qualificato da giusto titolo e buona fede: per gli stabili vale la *praescriptio longi temporis*, per cui, se vi ha *res habilis*, giusto titolo e buona fede la proprietà si acquista in 10 o 20 anni. Per le cose possedute in buona fede, ancorchè di origine furtiva (non violentemente rapite), la proprietà si acquista in 30 anni, pure in difetto degli altri requisiti. Il possessore di mala fede (o il possessore di cosa *vi erepta*) dopo 30 anni può difendersi contro la rivendica; ma non può mai diventare proprietario. Possiamo lasciare in disparte questa prescrizione meramente estintiva. L'usucapione e la prescrizione acquisitiva ordinaria (*longis temporis*) sono soggette nel diritto giustinianeo a requisiti conformi, che si possono riassumere nel noto verso:

res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

315. *Res habilis.* Oltre le cose sottratte in genere al commercio umano, vi hanno cose per ragioni particolari sottratte all'usucapione. Alcune di tali cose sono sottratte per uno speciale riguardo al proprietario (2); altre per un vizio loro inerente.

(1) c. 1 C. 7, 31.

(2) Gli esempi sono tutti o quasi del diritto nuovo. Tali cose sono sottratte alla prescrizione ordinaria, non alla straordinaria (talora prolungata a 40 anni): cose del fisco, del principe, delle Chiese e delle cause pie: fr. 18

La legge delle XII tavole vietava l'usucapione delle cose furtive (1): il qual divieto fu ripetuto da una *lex Atinia* (2), la quale aggiunge che il vizio di furtività si purgava colla *reversio ad dominum*. Analogamente statuì una *lex Plautia* l'inusucapibilità delle *res vi possessae*: anche questo vizio si purgava colla *reversio ad dominum* (3). Queste regole valgono generalmente per il diritto giustinianeo (sulla differenza tra il vizio di furtività e quello di usurpazione violenta nella prescrizione straordinaria abbiamo già detto).

Il determinare quali cose siano furtive e quando siasi operata la *reversio ad dominum*, non è sempre agevole (4). Pel diritto giustinianeo può ritenersi furtiva la *nova species* fatta con *materia* furtiva (v. sopra): i frutti della cosa furtiva non sono *in causa furtiva*, se non quando siano colti dal ladro; ma il *partus ancillae* è furtivo se fu concepito presso il ladro. Sebbene la cosa sia stata sottratta o rapita ad un terzo, essa deve ritornare al *domino* (5).

D. 41, 3: C. 7, 38. Nov. 111, c. 1; 131 c. 6. Sui beni dei minori (per cui una volta era ammessa l'usucapione — salva la *restitutio in integrum* — fr. 2 D. 27,5) non corre nel diritto giustinianeo la prescrizione ordinaria: c. 5, § 1 C. 2, 40 (41).

(1) Gai., 2, 45.

(2) Della fine del VI o del principio del VII secolo, come si evince da Gellio 17, 7

(3) La *lex Plautia de vi* è posteriore alla *lex Cornelia* sullo stesso argomento: Gai., 2, 45; fr. 33, § 2 D. 41,3.

(4) Gandolfo, *La reversio ad dominum* (estratto dal vol. 55 dell'*Archivio Giuridico*); Borgna, *La lex Atinia* Cagliari, 1897; Ferrini, *Lezioni litogr.*, 1897-98, p. 248-289.

(5) Le parole della legge sono chiare: poi non deve di

Il domino deve *sapere* che la cosa è a lui ritornata (fr. 14 pr. D. 50, 16) e deve recuperare il possesso in modo stabile (fr. 4 § 25 D. 41, 3) (1).

Anche la *lex Iulia repetundarum* vieta i donativi fatti ai magistrati dai loro amministrati e dichiara inusucapibile la cosa donata (fr. 8 D. 48, 11) « prinsquam in potestatem eius, a quo profecta res sit (2), heredisve eius veniat » (3).

316. *Titulus.* La parola è usata nelle fonti più recenti: il termine classico è *iusta causa*. La *causa* è la ragione dell'acquisto del possesso (4): significa

---

menticarsi che il furto è per sè stesso offesa alla proprietà. Il fr. 6, § 3 D. 43, 26 non prova il contrario: è affatto arbitrario supporre che qui si tratti di un possessore di b. f. (se in fine si discorre della usucapione da compiersi da chi compera dall'espulso, è ovvio pensare alla *traditio* del *fundus: res mancipi*): il fr. 84 D. 47, 2 parla esplicitamente di *dominus* e la chiusa dice solo che ormai la cosa è divenuta usucapibile. Così si spiega perchè il *furtum rei propriae* non rende inusucapibile la cosa: esso non offende la *proprietà* e quindi non può ostare a che la proprietà si acquisti: fr. 4, § 21 *h. t.*; fr. 20, § 1 D. 47, 2 (malamente guasto è il fr. 49 D. 41,3 che in origine si riferiva alla *fiducia:* Mühlenbruch, *Pand.*, II, § 261, n. 14; Mancaleoni nel *Filangeri*, 1898: n. IX).

(1) V. poi il fr. 215 D. 50, 16. Equivalenti della *reversio* materiale: fr. 32 pr. D. 41, 3; fr. 4, § 13. 14 *ib.*

(2) Non è dunque precisamente la *reversio ad dominum* in questo caso. E giustamente. Poichè non si tratta di una offesa alla proprietà, che non debba essere neppur remoto fondamento ad un trapasso di questa, ma di uno spostamento di vantaggio, che si vuole impedire.

(3) « Usucapionem XII tabulae intra V pedes (di confine tra fondi) esse noluerunt »: Cic., *de leg.*, 1, 21 (VII, 4). Altro divieto: *ib.* 2, 61 (X, 10).

(4) Fr. 3, § 21 D. 41, 2.

cioè il fatto (o il complesso dei fatti, come ad es. nel titolo *pro emptore*) esterno, che esprime come il possesso attuale sia sorto senza lesione del possesso antecedente (1). Questa *causa* non può quindi consistere che o in un atto che indichi la conforme volontà del precedente possessore, o nell'abbandono ch'egli abbia fatto del proprio possesso (*pro derelicto*).

317. L'esigenza di una *iusta causa* non risale ai primordii dell'istituto. La stessa proibizione dell'usucapione delle *res furtivae* non si accorda, come fu anche recentemente ribadito (2), col sistema della *iusta causa*: nel diritto classico sono come due sistemi diversi, che invece di armonizzarsi in un solo concetto fondamentale (non possibile, per la rigidità delle figure storicamente costituite) si sovrappongono e talora anche s'intrecciano. Del resto una prova diretta si ha in quegli istituti antiquati, che non furono rinnovellati e conservarono le traccie originarie, ruderi e testimonii insieme delle condizioni primiere. L'*usucapio pro herede*: le *usurreceptiones* non richiedono veruna *iusta causa* (3): lo stesso può ripetersi anche dell'usucapione della *manus* e dell'*usucapio libertatis* (4). Non è facile il dire quando la *iusta causa* cominciò ad essere richiesta: certo nell'ultimo secolo della Repubblica il suo concetto dovette essere, almeno in sostanza,

---

(1) V. Bonfante, *La iusta causa dell'usucapione*, 1893 (dalla *Riv. It. per le sc. giur.*, XV, 2).

(2) Pernice, *Labeo*, 2², 1, p. 337 sg.

(3) Gai., 2, 55 sgg.

(4) Pernice, *l. c.*, p. 336. Fondamentale è il libro dello Stintzing, *Das Wesen der b. f. und titulus*, 1852.

determinato. Infatti l'azione *publiciana* presuppone che tale requisito siasi già affermato insieme all'altro della *bona fides* (1). Lo svolgimento del concetto negativo del diritto antico, che si accontentava che non si presentasse il vizio della furtività a quello positivo del diritto elaborato, che richiede la *iusta causa* che abiliti il possesso, dovette essere lento e graduale. Le principali *iustae causae* hanno nelle nostre fonti (specialm. Dig. 41, 4 seg.) particolare trattazione (2). Noi enumeriamo dietro il loro esempio (ma non nell'ordine stesso) le principali (3):

318. I. *Pro derelicto:* Usucapisce *pro derelicto* colui, il quale ha occupato la cosa abbandonata da chi non ne era il proprietario (4). Occorre che vi sia stata *effettiva derelizione:* « nemo potest pro derelicto usucapere qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse » (fr. 6 D. 41, 7).

II. *Pro soluto.* S'intende che una tradizione siasi fatta a scopo di pagamento: in che consista la *causa solvendi* e sovratutto come essa non presupponga la validità di un preesistente rapporto obbligatorio (5), abbiamo veduto. Se chi trade *sol-*

---

(1) Bonfante, *l. c.*, p. 29 sg. Così il nesso mi par meglio colto che nello Stintzing, *o. c.*, § 12. Cfr. poi le osservazioni di Pernice, *o. c.*, p. 424 sg.

(2) Cfr. Bonfante, *Le singole iustae causae usucapionis* 1894 (dalla *Riv. It. per le sc. giur.*, XVII, 1-2).

(3) Circa l'ordine v. Bonfante, *Iusta causa*, pagina 31 e 36.

(4) Tale è l'applicazione che sopravvive in diritto giustinianeo. Nel diritto classico, come si è detto, usucapiva *pro derelicto* anche chi avesse occupato una *res mancipi* abbandonata dal suo proprietario.

(5) Fr. 3 D. 41, 10; fr. 46 D. 41, 3.

vendi causa non è proprietario, l'accipiente è costituito (concorrendo gli altri requisiti) in grado di usucapire (1).

III. *Pro donato.* Se taluno dà una cosa non sua in esecuzione di una *stipulatio* fatta *donandi causa* o (nel diritto nuovo) di un patto di donazione, l'accipiente usucapirà *pro soluto.* Ma se si tratta di donazione reale, ossia di tradizione fatta a tale scopo senza precedente rapporto obbligatorio, avremo una vera *causa donandi* e della tradizione e dell'usucapione. Tanto basta, perchè la *donazione sia effettiva* (2).

IV. *Pro dote.* Anche la dote può essere costituita in forma obbligatoria (nel qual caso l'usucapione delle cose a tale titolo consegnate non può decorrere che *pro soluto*) o in forma reale (e a questa si riferisce la presente *iusta causa*): « dos aut promittitur aut dicitur aut datur ». La *causa dotis* deve essere *effettiva* e poichè non c'è dote se non c'è matrimonio, ne consegue che in caso che il matrimonio non segua o sia nullo, non si potrà usucapire nulla *pro*

---

(1) Nel diritto classico (e non ripeteremo l'osservazione per altre *i. c.*) lo stesso avviene se viene *solvendi causa* semplicemente tradita una *res mancipi*.

(2) « Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: *nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet* » (fr. 1 pr. D. 41, 6). Quindi se la donazione come tale è nulla (*ib.* fr. 1, § 1), non può correre usucapione Di nullità era colpita anche la *donatio inter virum et uxorem*, purchè adducesse l'impoverimento di un coniuge a favore dell'altro. Un coniuge ad es. che donava all'altro una *res aliena*, cui egli non poteva usucapire per conto proprio (ad es. per mancanza di titolo o di b. f.), non impoveriva e l'accipiente poteva usucapire *pro donato* (fr. 3 *ib.*). Interessantissimo è il fr. 44 D. 24, 1.

dote. Se le cose destinate in dote sono consegnate allo sposo prima che il matrimonio avvenga, si deve distinguere se le parti le hanno consegnate *sub condicione* (e allora naturalmente la tradizione non potrà esplicare i suoi effetti che *ex die nuptiarum*) ovvero se le hanno consegnate coll'intenzione (ordinaria) che abbiano a diventare subito dello sposo, salvo l'obbligo di devolverle poi dopo celebrate le nozze *ad sustinenda onera matrimonii.* In tal caso potrà anche decorrere l'usucapione, ma non sarà *pro dote ;* bensì per un titolo *sui generis* mancante di speciale qualifica, *pro suo* (fr. 1, § 2 D. 41, 9). L'estimazione delle cose date per la dote nulla cambia, se avviene *taxationis causa :* se avviene *venditionis causa* modifica profondamente il rapporto. In sostanza qui si ha (come si spiegherà nel *Diritto di famiglia*) una compravendita condizionata e quindi l'usucapione non può essere che *pro emptore* e non può decorrere che *ex die nuptiarum : Vat. fr.* § 111, fr. 2 D. cit. (1).

319. V. *Pro emptore.* La tradizione può anche qui presentarsi come un immediato scambio di merce e prezzo senza precedente rapporto obbligatorio (compravendita reale) o come l'adempimento di un tale rapporto. In questo caso però non si parla di *usucapio pro soluto*, giacchè vi sono diverse norme particolari che danno il carattere alla *u. c. pro emptore.* Infatti la validità della *solutio*, come tale, è indipendente dall'esistenza o dall'efficacia di un

(1) Nel fr. 67 D. 23, 3 è certo interpolata la frase « nisi forte usucapta est » (Pernice, *Labeo,* 2², 1, p. 398). Ma non credo interpolate le altre: « quod si vir eam pecuniam... usucepit ».

precedente vincolo obbligatorio; nel caso nostro invece occorre che preesista un contratto effettivo: cfr. sovratutto il fr. 48 D. 41, 3, dove il contrapposto è chiaramente accennato (1). Pare invece verosimile che la usucapione decorresse dalla tradizione, non dal pagamento del prezzo (ancorchè non vi fosse stata altra *satisfactio* o il venditore non avesse seguito *fidem emptoris*) (2). Anche qui si esige in via di massima che il titolo sia effettivo: non basta *credere di avere comperato* (3). Non ostano i passi.

---

(1) Fr. 2 pr. D. 41, 4: «subesse debet causa emptionis». Molti sono i tentativi per spiegare il fatto: Windscheid, *Pand.*, I, § 177, n. 1: Accarias, *Précis*, I, § 236, n. 3; Appleton, *Propriété pretorienne*, vol. I, p. 198; Bonfante *Singole i. c.*, p. 38 sgg. A me pare preferibile la considerazione, che per sè la vendita romana non crea l'obbligo di trasmettere il dominio: che la natura della *solutio* si qualifica necessariamente da quella del precedente contratto e che non possiamo supporre che essa qui si aderga a *iusta causa*, se non quando sia preceduta una *emptio b. f.* Infatti come sarebbe tale la tradizione (ancorchè fatta ad es. all'erede in b. f.), se il compratore non voleva altro che procurarsi il possesso o l'uso di una cosa cui sapeva aliena? Nonostante tale sua intenzione, il contratto ha tutta la sua ragione di consistere (poichè esso non tende che a procurare lo *habere licere*); ma si dimostra inetta la successiva tradizione *solvendi causa* a fornire il *titulus usucapionis*. Cfr. Stintzing, *o. c.*, pagina 113, 117. V. anche Bonfante, *l. c.*, p. 35 sg.

(2) Arg. fr. 8 D. 6, 2. Di contrario avviso sono il Vangerow, *Pand.*, I, § 320, n. 2 I.; il Windscheid, *Pand.*, I, § 179, n. 1. L'opinione seguita nel testo è sostenuta dallo Stintzing, *l. c.*, p. 110, dall'Appleton, *l. c.*, I, 216. Parrebbe che il pagamento del prezzo fosse uno speciale requisito della *constitutio rutiliana*: *Vat. fr.*, § 1.

(3) § 11 I. 2, 6 (da Marciano: cfr. Ferrini, *Fonti della*

in cui si ammette l'usucapione a favore del tutore, del procuratore, del *negotiorum gestor* (1), che abbiano comperato all'asta pubblica (come è permesso *utilitas causa*) i beni dei loro rappresentanti (2). Piuttosto si può trovare una eccezione nella usucapione ammessa a favore di colui, che ha comperato da un pupillo o da un *furiosus*, senza intervento di tutore o curatore, ignorando le condizioni di età o di mente del venditore (3).

VI. *Pro legato*. Anche il legato può avere funzione reale o funzione obbligatoria. Nel secondo caso la consegna della cosa legata ha natura di

---

Ist., p. 23-153), fr. 2, § 2; fr. 11 D. 41, 4; cfr. fr. 2, § [illegible] *ibid*.

(1) Fr. 2, § 8, 9 D. 41, 4. Nel diritto classico la difficoltà è anche minore, poichè chi vende all'asta pubblica è un terzo e cioè l'*argentarius* (Gai., 4, 126*a*; Lenel, *Ed. perp.*, p. 401 sg.): V. Mommsem in *Hermes*, XII, 93 sg.; Pernice, *Parerga*, I, p. 69 sg. e contro il Rümelin, *Selbstcontr.*, p. 184 sg. lo stesso Pernice. *Labeo*, 2², 1, 473 sgg.

(2) La compravendita qui è reale ed è atto unilaterale: il rappresentante, se non ci sono offerte maggiori, è autorizzato ad apprendere la cosa dietro versamento del prezzo nel patrimonio amministrato. V. avanti nel discorso intorno ai contratti. Neppure può citarsi come esempio di compera *putativa* quello di una *res mancipi* venduta da una donna *sine tutore auctore*. Dopo l'abolizione della tutela agnatizia, i giuristi non danno all'assenza del tutore maggiore importanza che all'inosservanza di una formalità: v. pel processo delle idee *Vat. fr.*, § 1.

(3) Pel pupillo cfr. fr. 2, § 15 D. 41, 4 (fr. 13, § 2 D. 6, 2): pel *furiosus*: fr. 2, § 16 *ib.*; fr. 7, § 2 D. 6, 2: *fragm sinait*, § 16 Kr. (§ 14 Zach. Alibr.) Nei testi non si accenna che anche la *traditio* sia poi avvenuta irregolarmente.

solutio e, se usucapione deve decorrere, decorrerà *pro soluto*. Il titolo specifico si ha nel primo caso. All'uopo occorre un legato effettivo (1).

320. Abbiamo inoltre una serie di cause, che vengono ravvisate al titolo *pro emptore* ed offrono realmente una notevole analogia con esso. Tale è la *litis aestimatio* (2): la *permuta* per la parte che riceve prima (giacchè la seconda riceve *pro soluto*) (3): la *noxae deditio* (4): la transazione (5): l'aggiudicazione (6) (7).

---

(1) Fr. 1 D. 41, 8 e fr. 2 *ib.* Il legato, di cui si ignora la revoca, basta negli ultimi tempi della giurisprudenza classica a fornire la *iusta causa*: fr. 4 D. 41, 8 a fr. 9 *ib.* («post magnas varietates optinuit»). Si deve intendere trattarsi di revoca non avente piena corrispondenza di forma colla disposizione revocata (in modo che non distrugge radicalmente il legato, ma lo rende oppugnabile con una *exceptio doli*). Il «legatum non iure relictum», di cui al fr. 9 *ib.* deve riferirsi ad un legato *per vindicationem* di cosa altrui: legato, che sovratutto dopo il neroniano non può dirsi nullo. Finalmente il fr. 4, § 2 D. 41, 10 si riferisce ad una *solutio* fatta in base a putativo legato obbligatorio: infatti il titolo non è *pro legato*, ma *pro suo*, come si designa (specialmente prima degli ultimi giuristi classici) il titolo *pro soluto*: v. avanti Per questo titolo non occorre l'esistenza effettiva della obbligazione precedente. Anche nel diritto giustinianeo c'è — come vedremo — il legato meramente obbligatorio e cade quindi l'osservazione del Bonfante. *Singole i. c.*, p. 63.

(2) Fr. 22 pr. D. 25, 2; fr. 1 D. 41, 4 e fr. 3 *ib.*

(3) Fr. 7, § 5 D. 6, 2. Lo stesso deve dirsi rispetto agli altri sinallagmi del tipo *do ut*....

(4) Fr. 5 D. 6,2; fr. 3, § 21 D. 41, 2 (*pro noxae dedito*).

(5) Cod. 7, 26: *Pro emptore vel pro transactione*: cfr. c. 8 *ib.* e fr. 29 D 41. 3.

In diversi significati è assunta la denominazione *pro suo* (1). Nella presente materia è da osservare come così s'intitolino varie cause mancanti di speciale appellazione: così prima che diventasse comune il termine *pro soluto* si parlava di *us. pro suo* (v. sopra): in tal senso si usucapiscono *pro suo* le cose date per la dote prima del matrimonio: le cose peculiari, che non si tolgono all'emancipato (per cui è dubbia l'applicabilità del titolo *pro donato*) (2). *Pro suo* non è mai nei frammenti genuini indicazione di titolo meramente putativo (3).

321. Una particolare difficoltà presenta il titolo *pro herede* (Dig. 41, 5) (4). L'*usucapio pro herede* è nel diritto classico una reliquia di un più antico

---

(6) Fr. 17 D. 41, 3.

(7) Fra le *causae* mettono alcuni scrittori anche il *giuramento* o la *sentenza*: ma a torto, poichè non sono essi fatti che costituiscono un possesso in una data condizione, ma modi *relativi* di conoscere il diritto. Per l'interpretazione del fr. 13, § 1 D. 12, 2 mi accosto all'Accarias, *Précis*, § 725, A. n.; suppongo però che invece di *post longi t. pr.* il testo genuino dicesse *post usucapionem*. Circa al fr. 3, § 1 D. 6, 2 è naturale l'interpretazione accolta anche dal Bonfante, *l. c.*, p. 74.

(1) Pernice, *Labeo*, 2², 1, 391-404. In quanto *possidere pro suo* si contrappone a *possidere pro alieno* non ha veruna importanza speciale per la presente materia. *Pro suo* è anche sinonimo in genere di *iusta causa*: indica che il possesso non fu acquistato con lesione di altri e quindi si contrappone a *possidere pro possessore* (fr. 13, § 1 D. 5. 3): si contrappone anche al possesso *pro herede* (che non è un possesso con i. c. come vedremo): c. 4 C. 7,34; fr. 30 D. 39, 4.

(2) *Vat. fr.*, § 260.

(3) Pernice, *l. c.*, p. 397 sgg.

(4) Bonfante, *l. c.*, p. 83 sgg.

ordine di cose: per essa non si esigeva nè causa nè buona fede: i giureconsulti la chiamavano *lucrativa* o *improba*. Gran parte della importanza perdette questa usucapione dopo il senatoconsulto fatto ai tempi di Adriano che permetteva all'erede di intentare contro il possessore, che aveva usucapito una cosa ereditaria, la *petitio hereditatis* « atque si usucapta non esset » (Gai., 2, 54-58) (1). Tale forma di usucapione è totalmente cessata nel diritto nuovo. Si dice che la nuova *usucapio pro herede* abbia due casi di applicazione:

a) se l'erede possiede come ereditaria una cosa che all'eredità non appartiene;

b) se taluno va al possesso di un'eredità a lui non deferita per una giusta causa di errore.

Nel primo caso è veramente strano discorrere di usucapione, poichè l'erede, appunto perchè tale, *subentra nella posizione giuridica del defunto* e non può quindi usucapire se questi non poteva (2). Nel secondo caso manca evidentemente ogni titolo. I compilatori hanno però arrecato all'uopo molti testi relativi all'antica *usucapio pro herede*, che appunto non esigeva *iusta causa:* li hanno riferiti alla nuova *usucapio* creata da loro col requisito della buona fede e di una *iusta causa erroris*, ossia di un titolo essenzialmente putativo, non senza un cumulo

---

(1) Rimane però la sua efficacia di fronte ai terzi. Il *crimen expilatae hereditatis* sorto più tardi non concerne che l'ipotesi del dolo. Non del tutto esatta è la recentissima esposizione del Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 779.

(2) Il principio è chiaro nella c. 4 C. 7, 29 e c. 4 C. 7, 33. Il fr. 3 D. 41, 5 è alterato; ma ciò fa temere che i compilatori siano incappati nell'equivoco condannato nel testo

di incongruenze singolari (1), poichè molte regole, che ben si comprendono in rapporto all'antica *usucapio lucrativa*, non si intendono di fronte alla nuova configurazione. Tale la regola che non si può usucapire *pro herede* ciò, di cui l'erede vero ha appreso di già il possesso (2): che l'*usucapione pro herede* non si può opporre all'erede vero che intenta la *petitio hereditatis* (3): che essa non si compie se vi ha un *heres suus* (cfr. Gai., 2, 58) (4): che essa non è possibile che sulle cose di provenienza ereditaria (5): che non può compiersi per mezzo del servo (6): che il possessore in via di usucapire *pro herede* non ha azione di furto (7).

522. *Bona fides* (8). Anche questo elemento è da

---

(1) V. Arndts, *Civilistische Schriften*, I, p. 125-142. Le sue opinioni sono oggidì generalmente accolte. Esse non sono scosse dalla critica dell'Ascoli, *Arch. Giur.*, XXXVIII, p. 317-359: cfr. anche Bonfante, *l. c.*, p. 87 sgg.

(2) Fr. 2 D. 41, 3.

(3) c. 7 § 1 C. 3. 31; c. 4 C. 7, 34. Cfr. fr. 1 pr. D. 43. 2. Nel primo testo sono interpolate le parole «cum mixtae... compellat»

(4) c. 2 C. 7, 29.

(5) Fr. 1 D. 41, 5.

(6) Fr. 4, § 4 D. 41, 3. Cfr. il § 5 e i §§ 23, 24 *ibid.* Si avverta come in questi ultimi paragrafi l'usucapiente *pro herede* venga trattato come un possessore di mala fede: Bonfante, p. 97.

(7) Fr. 1, § 1 D. 47, 2.

(8) Stintzing, *o. c.*, Wächter, *Die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung*, 1871: Bruns, *Die b. f. bei der Ers.*, 1872; Pernice, *Labeo*, 2², 1, p. 328-340; Bonfante, *Essenza della b. f.*, 1893 (dal *Bull. Ist. di d. r.*, VI, 3. 4).

reputare estraneo all'antica *usucapione* (1); possiamo anzi ritenere che il suo riconoscimento fosse posteriore a quello della *iusta causa.* Infatti un elemento spirituale. quale la buona fede, è ancor meno consono all'indole del primitivo diritto romano, che non il fatto oggettivo ed esterno della *iusta causa:* dal fr. 3, § 3 D. 41, 2 si deduce non a torto che tale requisito non fosse ancora preteso ai tempi di Bruto e Manilio (2).

323. La buona fede consiste nella mancanza di coscienza di recare torto al proprietario. Essa è quindi l'integrazione etica della *iusta causa* (3). Ordinariamente è in buona fede colui, il quale crede di avere acquistato per la volontà del precedente proprietario (4); ma tale opinione non è sempre indi-

---

(1) Stintzing e Pernice, *ll. cc.* Gli argomenti sono in parte i medesimi, che si adducono per provare come non fosse necessaria la *i. c.*

(2) Forse invece era già noto a Q. Mucio: fr. 24 pr. D. 41, 3. Pernice, *l. c.*, p. 339. Il processo inverso ammette l'Appleton, *o. c.*, I, p. 176 sg. 287 sgg.

(3) A mio avviso è giusta l'osservazione del Bonfante, che la b. f. è sempre un *concetto etico*, anche secondo la definizione dei seguaci della *dottrina psicologica* (*Bull.*, VI, 98 sg.).

(4) Fr. 109 D. 50, 16: «qui ignoravit rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere»: fr. 48 D. 41, 3: *Par. greca delle Ist.*, II, 6 pr. Non è in alcun modo necessario ritenere di *essere divenuto proprietario* (sebbene questa sia la più comune ipotesi della b. f., il che spiega come generalmente contenessero tale elemento le definizioni dei vecchi romanisti): cfr. *Vat. fr.*, § 1: fr. 25 D. 24, 1; fr. 3 D. 41, 6. Interessante è il fr. 44 § 4 D. 41, 3, dove pure si afferma energicamente che vi è la *bona fides.*

spensabile (1) potendosi nonostante ritenere di non fargli torto. Il contrapposto di *bona fides* è *mala fides* o *scientia* (2): la buona fede invece non è mai caratterizzata positivamente: è un concetto negativo, come infatti lo abbiamo stabilito. È quindi la mala fede il *thema probandum*, non la buona fede. Da ciò deriva che in massima il dubbio non deve ritenersi sufficiente per diritto romano a dirimere la buona fede (3). In tal senso la buona fede è

(1) Cfr. sopratutto fr. 28 D. 9, 4; fr. 2, § 2 D. 41, 4 Anche la formola, per cui la b. f. consiste nella credenza di acquistare dal proprietario o altra persona autorizzata ad alienare, non è costantemente vera: cfr. fr. 6, § 7 D. 41, 4. Il compratore sa di acquistare dal *procurator*, ma siccome questi esorbita dallo spirito del mandato e quegli lo sa, « non intellegitur bonae fidei emptor ». Falsa poi addirittura è la formola, per cui la *b. f.* dovrebbe consistere nell'ignoranza del vizio da cui è affetta la causa. Un largo campo di applicazione nel diritto classico, ossia l'usucapione del dominio quiritario sulle *res mancipi* alienate senza le debite forme, riesce così inesplicabile. La nostra formola è conciliabile col disputatissimo fr. 32, § 1 D. 41, 3. Poichè chi crede di tenere una cosa *furtiva* o *vi possessa* sente di far torto al dominio: a que' casi doveva pensare certo Pomponio (ora anche Pernice, *l. c.*, p. 470 sg.): l'aggiunta della frase circa l'*error iuris* è poi interpolatizia: *ib.* p. 472, n. 1 (v. anche lo stesso A. pel diritto giustinianeo). Io credo pure che la formola del testo non sia molto remota da quella del Pernice medesimo. La tendenza poi a far prevalere nel concetto di b. f. considerazioni etiche si prova con testi, quale il fr. 8 D. 41, 4.

(2) V. le numerose citazioni in Pernice, *o. c.*, p. 463, n. 2 sg.

(3) Non valgono in contrario il fr. 4 pr. e fr. 6, § 1 D. 41, 4. Io compero dieci servi, di cui so essere alcuni

compatibile anche con un errore di diritto (1). Se talora si discorre di *iusta causa erroris*, ciò è, come in parte abbiamo visto e in parte vedremo, in altro senso (2).

La buona fede è richiesta al momento in cui si acquista il possesso (3): già in principio dell'impero (4) è stabile la regola *che mala fides superveniens non nocet.*

324. Da ultimo è da ricordare come taluni giuristi romani ritenessero sufficiente la buona fede, che si appoggiasse sovra una *iusta causa erroris*, a costituire il titolo. Chiarissimo è questo insegnamento in Nerazio (5): contro di lui è probabilmente

---

alieni, ma non so quali: « neminem usucapere possum ». Compero un fondo, di cui so una parte essere aliena; ma non so quale: « responsum est nihil... usu capturum». Infatti in questa ipotesi vi *ha la coscienza* di far torto: la certezza di una condotta lesiva dei diritti altrui.

(1) Gai, 2, 50; § 4 5 I. 2, 6; fr. 25, § 6 D. 5, 3.

(2) Bonfante, *Iusta causa*, p. 58 sgg., *bona fides*, p. 113 sgg. Cfr. Pernice, *l. c.*, p. 496.

(3) Circa all'acquisto del possesso a mezzo di rappresentante o circa il titolo *pro emptore* v. *supra*.

(4) Trebazio? fr. 4 pr. D. 41, 10. Significante il fr. 18 § 3 D. 3, 5. Nel seguito del fr. 4 abbiamo una inesplicabile decisione pomponiana, che contrasta cogli stessi principii a noi noti di Pomponio (fr. 6 pr. D. 41, 2) e che è sicuramente alterata (Pernice, *l. c.*, p. 455). In fr. 11, § 3 D. 6, 2, nonostante i Greci (*Suppl. Bas.*, p. 44-45), io accetterei la correzione mommseniana. Non deve però negarsi che lo Stefano, *ib*, fa una distinzione, richiedendo che la b. f. continui se si tratta di titolo lucrativo ed un accenno potrebbe scorgersi in c. 1, § 3 C. 7, 31, dove si afferma con energia il principio contrario.

(5) Fr. 5 § 1 D. 41, 10. Ciò si ha quando la *falsa existimatio* si elevi a *probabilis error*. È una specie di ecce-

rivolta la recisa critica di Celso (fr. 27 D. 41, 3). Ma questa non impedì che quella dottrina avesse in appoggio l'autorità di Giuliano (*Afric*, fr. 11. D. 41, 4), di Pomponio (1) e di altri, fra cui probabilmente Gajo, che nelle sue Istituzioni non parla che della *bona fides*, forse esagerando la portata della nuova dottrina (2). Ma negli ultimi giuristi classici (meno qualche concessione nel titolo *pro emptore*, dove in ogni modo si esige che *materialmente* abbia avuto consistenza il negozio) è chiara la reazione e si proclama ripetutamente che l'errore e la buona fede non possono mai sostituire il titolo (3). Il principio stesso è ribadito in varie costituzioni di Diocleziano (4). Anche Giustiniano mantiene in teoria la regola (5); ma e l'avere conservato nel Digesto frammenti ad essa contraddi

---

denza di *b. f.* che può sostituire la deficienza della *i. c.*; tale almeno è l'impressione che si ricava dalla critica di Celso.

(1) In tal senso sovratutto si dà importanza alla *ignorantia iuris* (fr. 4 D. 22, 6; fr. 31 pr. D. 41, 3). Cfr. pure fr. 2, § 15 D. 41, 4, ecc.

(2) È interessantissimo il fatto da me posto in luce, che nelle Istit. giustin. che pure qui seguono in massima le *res cottidianae* di Gaio, passi (II, 6) relativi alla *i. c.* siansi dovuti prendere da Marciano, *Fonti delle Ist.*, p. 23-153.

(3) Per Papiniano, Paolo e Ulpiano v. le citazioni in Bonfante. *Iusta causa*, p. 61, n. 2, 3. Per Marciano le mie *Fonti, l. c.*, e p. 44-174. E ancora si ricordi che nei casi accennati dal titolo *pro emptore* è da supporre effettiva e non viziata dall'incapacità del soggetto (*solutio*).

(4) c. 24 C. 3, 32; c. 3 C. 7, 27: c. 4 C. 7, 29.

(5) § 11 I. 2, 6; c. 1 § 3 C. 7, 31. Nel Digesto prevalgono i testi che vogliono l'effett va *iusta causa*.

torii e l'avere addirittura foggiato un nuovo titolo essenzialmente putativo (*pro herede*) non poteva a meno di intorbidare la chiara visione dei concetti e rendere incerta l'applicazione.

325. *Tempus:* Si è detto come il tempo sia continuo (1) e si è detto anche come si faccia il *computo civile* rispetto alla usucapione.

326. *Possessio:* Il possesso deve durare per tutto il tempo prescritto. Se il processo va in qualsiasi modo perduto, l'usucapione è interrotta; nè vale che il possesso venga indi subito riacquistato (fr. 5 D. 41, 3). L'usucapione si dovrà ricominciare di nuovo coi debiti requisiti e sovratutto colla buona fede (fr. 15, § 2 ib.). Circa il possesso dei materiali, che vengano inedificati cfr. fr. 23 D. 41, 3: fr. 7, § 11 D. 41, 1 fr. 23, § 7 D. 6, 1: fr. 7, § 1 D. 10, 4: fr. 30 § 1 D. 41, 3, su cui già abbiamo parlato. Altri modi di interruzione (*usurpatio*) dell'antica usucapione non conosciamo (2); la contestazione di lite, che interrompeva la *praescriptio longi temporis* (c. 1 e 2 C. 7, 33), non interrompeva l'usucapione (fr. 18 D. 6, 1) (3). Incerto è se questa pure ve-

---

(1) Una vera sospensione della usucapione è incognita quindi al diritto romano. Anche nel periodo più recente, in cui non si lascia decorrere l'usucapione stessa contro i minori, ecc., si tratta piuttosto di ciò, che la cosa entra in uno stadio di inusucapibilità.

(2) Cicerone accenna ad atti solenni idonei a togliere significato al possesso in corso dell'usucapiente: *de or.*, 3, 28 § 110.

(3) Stefano trova questa essere naturale conseguenza del principio che *mala fides superveniens non nocet:* sch. 66 *Suppl.*, p. 14.

nisse interrotta nel diritto giustinianeo (cioè come *usucapio mobilium*) (1).

Il possesso in quanto è un rapporto di fatto non è suscettibile di *successione* (2). Però vi sono dei casi in cui allo scopo della usucapione è lecito congiungere possessi di persone diverse, fra cui intercede un nesso giuridico. Anzitutto fu ammesso che l'erede potesse giovarsi del possesso incoato del defunto: non nuoce il mutamento di persona: non nuoce neppure l'intervallo in cui l'eredità sta giacente e la cosa vacua di possesso (3), purchè il possesso non si usurpi da un terzo (4). Non nuoce la mala fede dell'erede, se il possesso fu incoato in buona fede dal suo autore (5); mentre non può colla sua buona fede sanare un possesso incoato in mala fede dal suo autore (6).

---

(1) La c. 2 C. 7, 40 non parla che di *prescrizione:* v. poi il passo citato di Stefano che espone come vigente il principio contrario.

(2) Cfr. ad es. fr. 23 pr. D. 41, 2.

(3) Anzi: « coeptam usucapione a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est »: fr. 40 D. 41, 3. La ragione è quella che o passando all'erede e rimanendo la cosa nella *her. iacens*, essa rimane collocata in quella posizione, in cui si trovano le cose che erano in proprietà del defunto: è appunto questo significato la ragione della usucapione.

(4) « Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore res a nullo possessa est »: fr. 20 D. *ib.*

(5) Fr. 2, § 19 D. 41, 4.

(6) Fr. 11 D. 44, 3. Anzi l'erede non può neppure incoare un possesso proprio *ad usucapionem*, non essendo un titolo la successione ereditaria. Anche la mostruosa *usucapio pro herede* del diritto nuovo non era applicabile a questo caso.

Lentamente (e prima per la *praescriptio longi temporis*) fu ammessa la congiunzione dei possessi anche a favore di successori singolari (1). In materia di usucapione è da Severo e Caracalla concessa al compratore (2). Fu Giustiniano (3), che estese il beneficio a tutti i successori singolari, senza distinguere fra *praescriptio longi temporis* ed usucapione.

CAPO IV.

Tutela della proprietà.

327. La principale azione a tutela della proprietà è la *rei vindicatio*, con cui il proprietario non possessore domanda la cosa al possessore non proprietario. Abbiamo bensì talora delle *rei vindicationes utiles*, che sono concesse a chi non è domino (4);

---

(1) c. 1 C. 7,31.

(2) § 13 I. 2, 6; fr. 2, § 20 D. 41, 4.

(3) c. 1 *cit.*; § 14 I. *l. c.* Molti de' passi del Digesto che vi accennano sono alterati: in origine riguardavano o la prescrizione acquisitiva o — più ancora — l'*accessio temporis* nell'*interdictum utrubi*: fr. 15, § 1-6 D. 44, 3; fr. 13 D. 41, 2; fr. 14 D. 44, 3, ecc. Incompleto è il lavoro del Gandolfo, *Accessio temporis*, Genova 1885.

(4) Ad es. Gai., 2, 78. Più oscuro è alle volte il carattere delle non poche *rei vindicationis utiles* create nel diritto nuovo e talora introdotte per via di interpolazioni ne' testi. Offre una esposizione ben fatta, ma trascura affatto la parte critica e storica il Brezzo, *Rei vindicatio utilis*, 1889: cfr. Erman, *Ztschr. d. S. S.*, R. A. XIII, p. 207 sgg.

ma in tali casi si tratta di artificii indiretti per riuscire ad estorcere una indennità od un risarcimento. Diciamo che la *rei vindicatio* è l'azione del proprietario non possessore (1): « ei qui possidet non est actio prodita per quem neget rem actoris esse » (2). La cosa si rivendica tanto da chi ne è proprietario esclusivo, quanto da chi ne è comproprietario, purchè ne indichi la quota (3). Se taluno vuole rivendicare *più cose* deve esperire diverse *rei*

---

(1) Qui non ci riferiamo all'antico diritto dell'*actio sacr. in rem* comparabile a quello della *diadicasia* greca (Meier-Schömann, *Att. Process.*, II, p. 471 sg.) non ignoto nelle provincie di coltura greca nell'impero (Mitteis, *Reichsrecht*, p. 499 sg.).

(2) § 2 I. 4, 6. Tale azione sarebbe inutile. Però « non denegatur ei interdictum *uti possidetis*, qui coepit rem vindicare: non videtur enim possessioni renuntiasse qui rem vindicavit »: fr. 12, § 1 D. 41, 2. Tale passo può riferirsi all'*int. u. p.* in funzione ricuperatoria. Può anche applicarsi all'ipotesi di errore. Nel § 2 cit. si dice che vi è *unus casus*, in cui *qui possidet partes actoris optinet.* Quale sia, è disputatissimo. Cfr. Ferrini, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo* (1887), p. 9 e p. 55 sgg. (*Mem. Ist. Lomb.*, 1887, p. 21 e p. 67 sgg.). Si domanda se possa il proprietario commodante, deponente, ecc. *rivendicare* la cosa da colui, per mezzo del quale tiene il possesso (sarebbe anzi questo l'*unus casus*, secondo la Glossa: Landsberg, *Glosse des Accurs.*, p. 274). Praticamente il problema ha poco interesse, poichè converrà sempre e sotto tutti gli aspetti l'esperimento delle azioni contrattuali e perchè, ove il detentore si opponesse alla rivendica, con ciò stesso farebbe ordinariamente un atto che lo costituisce possessore, tramontando invece il possesso del domino.

(3) « Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat »: fr. 76, § 1 D. 6, 1.

vindicationes (1); nè importa che una pluralità di cose si possa assumere sotto una denominazione collettiva, giacchè anche una *rei vindicatio* collettiva (certamente possibile) non sarebbe che la riunione di più azioni, ciascuna avente oggetto speciale, *speciale onere di prova*, ecc. Solo per il gregge e simili unioni di animali si ammette una *rei vindicatio* complessiva: *posse gregem vindicari: grex non singula corpora vindicabuntur* (2). Il carattere di questa *vindicatio gregis* è molto disputato: v'ha chi ammette una proprietà sull'ente *gregge* come tale, distinto dai singoli capi che lo compongono e v'ha chi ritiene che si tratti di una mera rivendicazione collettiva. Fra queste opinioni estreme ve ne sono molte intermedie (3). Si può ritenere abbastanza verosimile quella, che, pur considerando la *vindicatio gregis* come una *rei vindicatio* collettiva, attribuisce ad essa varii effetti, che sarebbero proprii di una *rei vindicatio universitatis*, sia per ragioni storiche (4) sia per evidenti considerazioni pratiche (5). Il rivendicante dà la prova della pro—

---

(1) Ad es. fr. 56 D. 6, 1; fr. 3, § 1 *ib*.

(2) Fr. 1, § 3 *ib*.

(3) Vedi un'accurata esposizione in Pampaloni, *Vindicatio gregis*, 1890 (estr. dalla *Riv. it. per le sc. giur.*, X, 2-3).

(4) È antichissima la *rei vindicatio gregis*: Gai., 4, 17.

(5) Gravissima quella che tali animali non sogliono acquistarsi o tenersi isolati, ma riuniti appunto in gregge o armento: che il gregge o l'armento è soggetto a continua rinnovazione sovratutto colla sostituzione dei nati ai capi morti, sicchè una prova *pro singulis capitibus* è in realtà di solito *impossibile*. Quello che si può provare è che di quel complesso di animali *in globo* fu legittimo l'acquisto.

prietà del gregge in blocco, non di quella dei singoli capi; tocca al convenuto provare che qualcuno degli animali in ispecie è suo. Se l'attore non riesce nella prova della proprietà di un gregge, non otterrà che i singoli capi, per cui riesce a fornire la prova (1).

328. Convenuto può essere chi possiede la cosa ed anzi si ammise (2) bastare il fatto della detenzione, come quella che implica la *facultas restituendi.* Il detentore di un immobile a nome altrui ha però il diritto ed il dovere di nominare colui, per cui egli detiene; in seguito a ciò, la lite procederà contro di questo ed egli sarà messo fuori di causa. Se il *laudatus* non si presenta, il giudice dietro un esame sommario trasferirà il possesso nell'attore, contro il quale ormai il *laudatus* che voglia riavere la cosa, dovrà esperire la *rei vindicatio* (3).

La *rei vindicatio* può intentarsi anche contro colui, *qui dolo desiit possidere* (4). Tale è il possessore, che si è comunque spogliato della cosa, alienandola (5), distruggendola, ecc., sapendo di non essere proprietario. Qui *dolus pro possessione*

---

(1) Oscurissimo è il fr. 2 D. 6, 1, su cui non sparge molta luce neppure lo Stefano: *Suppl. Bas.*, p. 2. A me il passo sembra alterato. La spiegazione del Pampaloni, *l. c.*, p. 22 sg. è logica; ma non si può senza sforzi poco persuasivi conciliarla col testo.

(2) Pegaso esigeva ancora il possesso giuridico: fr. 9 D. 6, 1. Del resto: « officium iudicis erit, ut... inspiciat an reus possideat »: *ibid.*

(3) c. 2 C. 3, 19.

(4) Demelius, *Exhibitionspflicht*, p. 185 sgg.

(5) In ispecie vi è anche la *restitutio in integrum* contro l'*alienatio iudicii mutandi causa facta:* Lenel, *Ed.*, p. 101.

est (1). Anche colui *qui liti se optulit*, ossia assunse la parte di convenuto facendosi credere possessore è trattato come tale (2). In questi casi sotto la veste di azione reale si esplica sostanzialmente una pretesa obbligatoria in funzione di soddisfazione penale (3).

Se il convenuto falsamente nega di possedere, il possesso gli è tolto a titolo di pena ed è trasferito nell'attore (4), come in genere qualunque volta egli ricusi di difendersi (5).

329. Spetta all'attore il dare la prova del suo dominio; il convenuto non ha che da attendere simile prova; ove questa non riesca, egli non è molestato nel suo possesso: *melior est condicio possidentis*. Si è cercato di sostenere l'onere della prova non essere per l'attore così rigoroso; bastare a lui provare un modo regolare di acquisto: essere compito del convenuto togliere efficacia a tale dimostrazione, provando che l'*auctor* non aveva di-

---

(1) Fr. 27, § 3 D. 6. 1. Paolo qui rannoda la regola a quanto dispone il S. C. Giuvenziano in materia di *petitio hereditatis*. Ma probabilmente il concetto è più antico e verosimilmente preparato dall'esempio dell'*actio ad exhibendum:* Lenel, *o. c.*, p. 123: cfr. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 450 sg.

(2) « Generaliter Marcellus apud Iulianum probat omnem qui se offert petitioni tamquam possidentem teneri » : fr. 13, § 13 D. 5, 3. Celso, *ibid.*, e fr. 45 *ib.* (interpol.) non ammette altro rimedio che l'*actio ex stipul. ex clausula doli* (della *cautio iud. solvi*). L'innovazione si deve probabilmente a Giuliano.

(3) Donde la possibilità di agire di nuovo contro il vero possessore: fr. 7 D. cit.

(4) Fr. 80 D. 6, 1 (interp.): fr. 20, § 1 D. 11, 1.

(5) *Vat. fr.*, § 90.

ritto di alienare (1). Ma tutto ciò contro i chiari insegnamenti delle fonti, che parlano assolutamente di *onus probationis* spettante all'attore (2). Vedi anche la c. 23 C. 4, 19. Bensì spetta al convenuto la prova del fondamento delle eccezioni, che possono essere di varia natura: esse si deducono o da un diritto-limite, che al convenuto competa; o dal fatto che, rivendicando, l'attore va contro il fatto proprio o quello del suo autore (*exc. rei venditae et traditae*, ecc.) o da ciò che egli non vuole prestare alcuna indennità al convenuto (*exc. doli*).

330. Nella procedura classica il giudice pronuncia (3), quando gli paia provata la proprietà dell'attore ed invita il convenuto a restituire *arbitratu suo*; se il convenuto non ottempera, viene condannato in *id quod interest* sulla stima giurata dall'attore (4). Nel diritto giustinianeo, almeno se

---

(1) Nulla provano le c. 4 e 13 C. 4, 19, giacchè ivi si parla della prova della compravendita e conseguente tradizione, quali elementi capitali (ma non esclusivi) della prova del dominio.

(2) «Intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est»: c. 12 C. Th. 9, 39 (c. 11 C. I. 3, 31). «Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas (possessiones) ad se pertinere»: c. 2 C. 4, 19. In queste costituzioni si reagisce contro lo strascico della *diadicasia* nelle provincie orientali: Mitteis, *o. c.*, p. 500-501.

(3) Stephan., sch. 37, 56 e spec. 58 *Suppl. Bas.*, p. 9, 11, 12.

(4) La riduzione del diritto dell'attore ad un credito *ex re iudicata* non offre pericolo neppure in vista del possibile fallimento, poichè non è ammessa difesa in azione reale senza *cautio iudicatum solvi* e relative malleverie.

l'attore preferisce, ha luogo l'esecuzione in natura: *manu militari* (1). La restituzione fatta *arbitratu iudicis* conduce all'assoluzione del convenuto. Tale restituzione comprende oltre che la cosa (2) i suoi accessorii (*causa rei*).

La *res* è restituita *cum sua causa,* quando l'attore ha tutto quanto avrebbe avuto, se la cosa gli fosse stata restituita all'epoca della *litis contestatio.* Quindi il convenuto renderà i frutti percetti dopo di essa (*pendente iudicio*) e riparerà i danni per sua colpa provenuti in tale periodo alla cosa (3). Anzi se il convenuto è possessore di mala fede, renderà tutti i frutti che in quel periodo l'attore avrebbe potuto percepire ancorchè egli non li abbia percepiti (4) e risponderà anche delle perdite o deterioramenti verificatisi durante questo tempo per caso fortuito (5). Circa ai frutti percetti *ante litis cont.* pel diritto classico, sappiamo che il possessore buona fede li faceva suoi; il possessore di mala fede poteva esserne tenuto responsabile verso il domino, ma con un'apposita *rei vindicatio,* o, se consunti, con una *condictio* (6).

Non v'era dunque modo di tenerlo responsabile

---

(1) Fr. 68, D. 6, 1 (interp.)

(2) Di cui deve trasferirsi il possesso all'attore. Se l'usucapione si è compiuta nell'intervallo fra la *litis contestatio* e la *pronuntiatio,* il convenuto deve trasferire la proprietà in tal modo acquisita all'attore (fr. 18 e 45 D. 6, 1) in base all'obbligazione *iudicari oportere* nascente dalla *litis contestatio.*

(3) Fr. 21; fr. 36, § 1 D. 6,1.

(4) Fr. 62, § 1 D. 6, 1.

(5) Fr. 15, § 3 D. *ib.*; cfr. col fr. 21.

(6) Fr. 22, § 2 D. 13. 7; c. 3 C. 4, 9.

dei frutti, che avrebbe potuto percepire *ante iudicium acceptum* e che non ha percepito. Nel diritto giustinianeo il possessore di buona fede deve rendere, come sappiamo, i *fructus extantes* di quelli percetti *ante litis cont.* e si devolve anche questa rivendica nella stessa azione principale; il possessore di mala fede deve restituire i *fructus perceptos et percipiendos*, senza distinguere se prima o dopo la *litis cont.*, se non in ciò, che pel tempo anteriore si tien conto di ciò *ch'egli li potesse percepire* (c. 1 C. Th. 4, 18); pel posteriore basta che li potesse percepire il domino.

321. Rispetto ai danni recati alla cosa *ante litis cont.* il possessore di buona fede non ne risponde in alcun modo; il *possessor mala fides* rispondeva in diritto classico per quelli recati dolosamente (1). Bisogna avvertire però che, essendo tutto criminoso il possesso del ladro, qualunque danno avvenga alla cosa da lui tenuta si ascrive in causa al suo dolo il furto è pei giuristi romani un delitto permanente (2). Poteva in alcuni casi il domino ottenere riparazioni con altri rimedii.

---

(1) Infatti se la cosa era perita per suo dolo, poteva ritenersi *desiisse eum dolo possidere*. Lo stesso doveva *parzialmente* ripetersi in caso di deterioramenti: Pfersche *Privatrechtl. Abhandl.*, p. 52 e p. 209 sgg. L'opinione comune è molto diversa e almeno si stima responsabile il *poss. m. f.* pe' danni derivanti da colpa sua (Windscheid, *Pand.*, I, § 194. n. 13). Ma i testi recati si riferiscono ai danni avvenuti *post l. c.* Il fr. 45 D. 6, 1 e la c. 5 1 C. 3, 32 provano certamente *per diritto giustinianeo*, che il poss. di m. f. risponde di tutta la *causa damni dati* anche prima della *litis contestatio*, ma non per diritto classico, giacchè essi non si rapportavano nella loro genuina attinenza alla nostra azione.

(2) Ferrini, *D. pen rom.* (Hoepli 1898), p. 65-72.

332. Viceversa nell'*arbitratus* il giudice può tener conto delle spese, che il convenuto (non ladro) ha fatto intorno alla cosa rivendicata (1). Per il possessore di buona fede, Papiniano insegna che tali spese in quanto almeno utili (*meliore facto predio*) per « officium iudicis aequitatis ratione servantur »(2), ammesso però il compenso fra esse e i « fructus ante litem contestatam percepti ». Trattandosi di spese necessarie, il rimborso deve ritenersi integrale; trattandosi di spese utili (cioè che rendono più produttiva la cosa), il rimborso arriva « usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est (fundus) et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est » (3).

Anzi qui il giudice nel suo *officium* può tener conto del fatto che tali spese non sono in proporzione colle condizioni economiche del proprietario, che mai non le avrebbe fatte, e ciò servirà a moderare od escludere il compenso (4). Nel diritto giusti-

---

(1) Pernice. *Labeo*, 2, 1 p. 289. È all'uopo ammissibile (non necessaria) una *exc. doli*. Questa, in quanto avrebbe condotto nel diritto classico alla completa reiezione dell'attore, poteva più energicamente influire. Cfr. *ib.*, p. 290. L'eccezione fatta nel testo per il ladro dipende dalla consueta ragione, che tutto l'esercizio del suo possesso è criminoso: c. 1 C. 8, 51 (52).

(2) Fr. 48 D. 6, 1. La frase *exceptione doli posita* è manifesto emblema.

(3) Fr. 38 *ib.*

(4) *l. c.* L'*utilitas* insomma si determina in concreto. Le parole *sufficit tibi*, ecc. sono interpolatizie: a tacer d'altro, ostano i principii sul *tignum iunctum*. Non c'è poi dubbio che tutta la seconda parte del passo da *constituimus* in avanti sia fabbricata dai compilatori: Pernice, *Labeo*, *l. c.*, p. 294, n. 1.

nianeo in quest'ultimo caso, come in quello di spese meramente voluttuarie, si dà al possessore di buona fede il diritto di levare tutto quello che può a condizione che non resti deteriorato lo stato originario della cosa e che questo *tollere* abbia per lui una utilità (non potrebbe ad es. *picturas corradere*). E ancora: il rivendicante può impedire l'esercizio di questo *ius tollendi* « si paratus est.. tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis » (1). Circa il possessore di mala fede, è certo che egli non aveva nel diritto classico diritto a compenso, se non al più per le spese necessarie (2). Questo diritto gli è pienamente riconosciuto nel diritto giustinianeo e per di più gli è riconosciuto il *ius tollendi* per le altre spese (3).

---

(1) Fr. 38 cit. interp. Cfr. Riccobono, *Arch. giur.*, LIV, p. 278, n. 2; *Bull. ist. di d. r.*, IX, p. 239 sg.

(2) Arg. c. 1 C. 8, 51 (52). Le parole *vel forte ad discendum artificium* sono manifestamente interpolate; manca la conseguenza sintattica e poi si attenderebbe *docere* o non *discere*. Non nascondo però che pel diritto classico i miei dubbi sono gravissimi. La c. 5 § 1 C. 3, 32 ribadisce il principio « malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt nullam habent repetitionem »: la frase *nisi necessarios sumptus fecerint* mi pare emblematica.

(3) Interp. in c. 5 cit.: « sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos (sumptus) auferre ». Sulle veramente indiscrete interpolazioni in materia di *inaedificatio* abbiamo già detto a sufficienza. Il principio « praedo de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit » esclude la *ratio aequitatis* nell'*officium iudicis* e rende impossibile l'*exc. doli* (fr. 38 D. 5, 3). Quest'ultimo punto ammette anche il Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 388 sg. Ma non comprendo perchè non gli siasi

333. Contro chi turbi l'esercizio della proprietà in base ad un preteso suo diritto reale (1) il dominino può esperire un'azione difensiva, proibitoria o negatoria. Entrambe hanno analogo fondamento; la prima è verosimilmente più antica e si è conservata per forza d'inerzia quando si ebbe la seconda più comprensiva (2). Nel diritto giustinianeo la distinzione non ha più valore (3). Non occorre che il convenuto sia di fatto nel godimento del suo preteso diritto (4) e non occorre neppure che la turbativa sia avvenuta; basta che il convenuto siasi effettivamente accinto a compierla (5). L'azione aveva

---

rivelata l'interpolazione tutta bizantina del fr. 38 cit.: «*sed benignius est* in huius quoque persona haberi rationem impensarum, non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere». Genuina è la frase *et id ipsum — desideratur;* emblematico il resto.

(1) L'ipotesi contemplata ordinariamente nelle fonti è che taluno vanti un usufrutto od una servitù prediale sulla cosa altrui (Dig. 7, 6 e 8, 5). Del resto l'azione si dà anche contro il vero titolare di un *ius in re,* che voglia fare più di quello che il diritto stesso gli consenta. Così si spiega anche l'uso della *negatoria* fra condomini, di cui diremo.

(2) Fr. 5 pr. D. 7, 6; fr. 11 D. 8, 5; Steph. in *Suppl. Bas.*, p., 118. Cfr. Zachariae, *Ztschr. f. g. R. W.*, XII, p. 259 sgg.; Ferrini, *Studii per Bologna*, p. 83 sgg. Altre congetture in Schott, *Das ius prohib. u. die f. p.*, e Lenel, *Ztschr. d. S. S.* R, A. XII, p. 1 sgg. e XX, p. 1 sgg.

(3) F. negatoria: «si paret N ius non esse eundi per fundum Cornelianum, invito A»: f. proib.: «si paret A ius esse prohibendi N. per fundum Cornelianum ire».

(4) Cfr. ad es. fr. 8, § 3 D. 8,5.

(5) Fr. 14 pr. D. 8, 5.

pure la clausola arbitraria (1); oltre la ricollocazione dello stato delle cose in pristino (per es. levando le travi immesse nel muro altrui) il giudice esigeva una *cautio de amplius non turbando* (2).

334. Certo è che l'attore deve in tale azione provare la sua proprietà. Con questo egli ha veramente anche provato il suo *ius prohibendi* e parrebbe che dovesse spettare al convenuto il provare di avere un diritto proprio di far quanto l'attore non vuole.

Si obbietta che in tal caso l'onere della prova nella negatoria sarebbe il medesimo che nella *petitoria*; ma questa non pare una valida obbiezione, giacchè poco importa a caratterizzare l'azione quello che si deve provare, molto invece l'intento, a cui si mira. Piuttosto è da osservare come è impossibile o quasi la prova del *non diritto* altrui; come ogni prova tende a dimostrare il *diritto*, di chi la invoca e come il fr. 5 pr. D. 7, 6 dica dell'attore che « magis de suo iure agere videatur quam alieno ». Si vuol trovare un argomento in contraria nel fr. 15 D. 39, 1; ma a torto, poichè niuno contesta che l'attore abbia l'*onus probandi* pur nella negatoria; tutto sta nel determinarne l'oggetto (3).

---

(1) Contestata dal Lenel, *E. P.*, p. 152 per l'azione rivolta a negare l'esistenza di servitù prediali.

(2) Che si tratti dell'*arbitratus iudicis*, a me par chiaro. fr. 12 D. 8, 5: « iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat » (fr. 5, § 6 D. 7, 6) Altrimenti il convenuto si esponeva alla condanna nella *aestimatio* giurata dall'attore.

(3) Una dottrina intermedia è ne Brinz, *Pand.*, 1, pagina 688. La dottrina che noi stimiamo corretta (ed è in

335. A complemento della tutela della proprietà serve l'azione publiciana (1). Essa è una petitoria fittizia e la finzione consiste in ciò, che si suppone compiuta una usucapione incoata. Per questa azione dunque colui, che essendo in condizione di usucapire ha perduto il possesso, lo può ricuperare. Nel diritto classico si vale di essa tanto chi ha la così detta proprietà pretoria (per es. avendo ricevuto in tradizione una *res mancipi*), quanto chi ha acquistato a giusto titolo e in buona fede *a non domino;* la seconda funzione rimane superstite nel diritto nuovo. La finzione nella formola non sostituiva che uno dei requisiti della usucapione e cioè il tempo (2): gli altri devono esserci in realtà e cioè capacità

Germania la prevalente) ha un forte appoggio ne' bizantini. La *Parafr. delle Ist.*, IV, 6, § 2 (mia ed., II, 416-418) dice che anche qui l'attore si basa sul diritto suo, non sul difetto di diritto dell'avversario. Chiarissimo poi è lo Stefano (*Suppl. Basil.*, p. 113), che dice: «l'attore... dimostra *che è proprietario e respinge l'avversario colla prova del dominio...* dicendo di essere domino, dice anche di potere legalmente impedire all'avversario di usare della cosa. Se chi non è domino agisse colla formola negatoria o colla proibitoria, sebbene non abbia il convenuto diritto di usufrutto, pure costui vince».

(1) Appleton, *Histoire de la propr. prétorienne et de l'action publicienne* (2 vol., 1889): Erman nella *Ztschr. d. S. S.*, R. A. XI, p. 212-277 e XIII, p. 173-224: Lenel, *id.*, XX; Perozzi, *Bull. dell'ist. di d. r.*,VII, p. 46 sgg. Non è questo il luogo di insistere sulle non facili questioni relative alla ricostruzione della clausola edittale e della formola (o delle formole). V. pure Pernice, *Labeo*, 2, 1, pag. 350 sgg,

(2) Gai., 4, 36: «Si quem hominem A. emit et is ei traditus est, *anno possedisset,* tum si eum hominem d. q. a. ex i. Q. eius esse oporteret».

subbiettiva ed obbiettiva (1), giusto titolo e *bona fides* (per chi acquista a *non domino*) (2), possesso (3) iniziato. Lo stesso proprietario può valersi della pubbliciana, che gli facilita il compito della prova (4).

Alla pubbliciana si possono opporre le stesse eccezioni, che alla *rei vindicatio*; inoltre essa non vale per sè (5) contro il proprietario che ha l'*exceptio iusti dominii* (6) o contro chi ha una pubbliciana pari (7) o preferibile (8).

---

(1) Fr. 9, § 5 D. 6, 2.

(2) Fr. 7, § 6 D. *ib.*

(3) V. però Appleton, *l. c.*, vol. I. n. 80 sg. Agisce chi ha perduto involontariamente il possesso; non chi ha alienato la cosa. Contro la dottrina dello Schulin ripristinata e temperata dall'Appleton nell'opera citata, per cui l'alienazione della cosa non distrugge il fatto che l'attore *è stato* in condizione di usucapire e deve quindi vincere se può ribattere con opportuna replica le eccezioni derivanti dallo stesso suo fatto, si fanno valere gravissime obbiezioni: v. Erman, *l. c.*, XIII, pagina 191 sgg.

(4) Confesso di non capir bene la forza degli argomenti addotti in contrario: Huschke, *Das Recht der publ. Kl.*, p. 77 sg.: Brezzo, *Rei vind. utilis*, p. 54 sg.

(5) Sì per motivi speciali; per questi o si nega l'eccezione o si dà una replica che la elida.

(6) Fr. 57 D. 17 1: «Si ea res possessoris (N[i]) non sit»: fr. 17 D. 6, 2.

(7) P. es. se tutti e due hanno acquistato in b. f. o per giusto titolo da diversi autori non proprietarii. In tal caso «melior causa est possidentis quam petentis»: fr. 9, § 4 D. *ib.* (cfr. però fr. 31, § 2 D. 19, 1).

(8) Viceversa vince chi ha *potior causa*: ad es. colui che ha acquistato pel primo *ab eodem non domino*: fr. 9, § 4 cit.

Nel diritto giustinianeo non c'è più il bisogno di un'apposita rivendica dei fondi provinciali, che in vece occorreva nel diritto classico (1).

CAPO V.

Limiti del dominio.

336. Già abbiamo veduto, come la proprietà possa venire limitata in molte maniere: queste limitazioni non ne distruggono il concetto, poichè virtualmente si mantiene la piena estensione, che si afferma in atto *ipso iure*, non appena che la ragione del limite sia venuta a mancare. Le limitazioni della proprietà non ponno consistere che in inversioni dei due elementi, di cui essa consta (quello di pertinenza e quello di signoria): si tratta dunque di ciò, che è tolta o limitata la tutela dell'interesse che ha il domino, che un terzo sia escluso o che egli stesso possa liberamente disporre della cosa. Ogni limite importa quindi un *pati* (tollerare) od un *non facere*: evidentemente vi ha una contraddizione logica nell'ammettere limitazioni *in faciendo* (2).

---

(1) *Vat. fr.*, §§ 314-315. Cfr. Lenel, *E. P.*, p. 148.

(2) Fr. 15, § 1 D. 8, 1: «servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid *patiatur* aut *non* faciat». Il concetto di limitazioni del dominio consistenti in *faciendo* fu riproposto e strenuamente propugnato da Fadda e Bensa, *Pandette del Windscheid*, I, p. 582 sgg. V. in contrario quanto ho scritto nell'*Enciclopedia giur. it.*, XII, 1, p. 386 sgg. Si avverta come

La potenza dei limiti è molto varia; ma la loro natura è analoga. Essi derivano da tre diverse ragioni:

1.° Dal concorso di un'altra proprietà sulla stessa cosa.

2.° Da una diretta disposizione del diritto oggettivo.

3.° Da fatti che trasferiscono totalmente o parzialmente in un terzo la tutela di qualcuno degli interessi, in cui si determina l'universale signoria sulla cosa (*iura in re aliena*).

337. Possono verificarsi a favore di più patrimoni fatti idonei all'acquisto della proprietà sulla cosa medesima. La cosa stessa è stata legata ad A e a B: il masso che prima era parte del suolo al confine tra il fondo di A e il fondo di B è stato estratto ed è divenuto *cosa nuova* in senso giuridico. È chiaro come in queste e molte altre simili ipotesi vi sia uguale ragione giuridica di attribuire la cosa tanto ad A, quanto a B. Ma è altrettanto chiaro che sarebbe assurdo attribuire a ciascuno una proprietà illimitata (1); non c'è altro modo che quello di ammettere che varie proprietà concorrenti si limitino vincendevolmente in guisa da rendere possibile l'equilibrio dei varii interessi (2).

---

una prestazione positiva può sempre essere adempiuta da un terzo: adempiuta poi dal proprietario, essa non menoma affatto il contenuto del dominio.

(1) Fr. 5, § 15 D. 13, 6: «duorum quidem in solidum dominium esse non potest».

(2) Cfr. Dernburg, *Pand.*, I, § 195, n. 4; Scialoja, *Arch. giur.*, XXX, 184. Non è precisamente uguale la dottrina del Windscheid, *Pand.*, I, § 142, come ha bene avvertito il Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della com-*

Le parole *condominio* e *comproprietà* non sono nelle fonti. Queste parlano di *res communis*, di « pro parte

---

proprietà (dal *Filangieri*, XV, 1. 2. 5-6). p. 47 sgg. Più si avvicina al Windscheid l'Eisele, *Arch. f. die civ. Pr.*, XIII, 27. Lo Scialoja è quello che a nostro avviso ha dato la formola migliore; la sua dottrina spiega soddisfacentemente i varii fenomeni, sovratutto ove si integri coll'altra, che esporremo più avanti, della possibilità di più dominii appartenenti al singolo condomino. La più acuta critica contro la teoria dello Scialoja è quella del Perozzi, *l. c.*, p. 35 sgg. (a cui sottoscrive il Manenti, *Concetto della communio*, p. 27 sgg.). Io non posso aderire alle idee dei due esimii romanisti, che mi sembrano dalla stessa forza dei loro ingegni spinti a sottilizzare soverchiamente. A torto il Perozzi nega che più dominii possano reciprocamente limitarsi nel senso, in cui un *ius in re* limita il dominio. Non sarà male ripensare all'opinione di molti giuristi romani, che concepivano l'usufrutto, come una *pars dominii*, in modo affatto analogo alla quota del condomino. Del resto il risultato, cui pervengono i due egregi scrittori, è quello che il singolo condomino non è proprietario. Per il Perozzi il suo diritto è affatto diverso da quello della proprietà solitaria (p. 107: cfr. cap. I): è un diritto *sui generis*: per il Manenti il diritto di proprietà è unico, ma con un soggetto complesso: sussiste di fronte ai terzi la proprietà dei condomini: i *socii* non sono l'uno rispetto all'altro proprietarii. V. *op. cit.*, pag. 9 e sg. Tali dottrine non riescono a spiegare molti fatti ai quali accenniamo nel testo. La presente materia è del resto una delle più disputate: cfr. l'erudito saggio del Segré nella *Rivista italiana per le scienze giur.*, VI, p. 353 sgg. Le principali dottrine che si contendono il campo sono quella, per cui vi sarebbero nel condominio varie proprietà parziali aventi ciascuna per oggetto una parte ideale della cosa (Göppert, *zur Lehre vom Miteigenthum*; Puchta, *Pand.*, § 37); quella, per cui l'unica proprietà sarebbe divisa fra condomini o almeno ne sa-

habere (suum esse) » (1) « habere pro indiviso » ; al condomino contrappongono il « *solus* dominus »; ma anche quello si dice *dominus* (2).

338. Ciascuno è proprietario di tutta la cosa *totius corporis dominus* e la limitazione non sorge che pel concorso di altra proprietà sulla cosa medesima (3). Una conseguenza immediata di ciò si è, che se uno dei due condomini vien meno (per rinuncia o altro motivo) senza trasmettere ad altri il suo diritto, l'altro diventa proprietario esclusivo : la proprietà al cessare del limite ripiglia *ipso iure* la sua estensione primiera (4). Su questo principio riposa anche il *ius adcrescendi* nei legati di proprietà, come vedremo. Se un condomino manomette il servo comune, l'atto non può importare logicamente che perdita della *sua* proprietà ; l'altro condomino diventa quindi domino esclusivo (5). Pari-

---

rebbe diviso il contenuto (Böcking, *Pand.*, II, § 135) o l'estensione (Scheurl, *Teilbarkeit*, p. 3 sgg.): quella per cui la proprietà appartiene ad una collettività distinta dalla persona dei singoli membri (Voigt nella *Ztschr. f. d. ges HR.*, I, 489). Cfr. su queste varie teorie la critica del Perozzi nel citato lavoro, cap. 2 e 3.

(1) « Habere pro parte pro indiviso dominium totius corporis » : fr. 5, § 15 D. 13, 6.

(2) Ad es. fr. 18 D. 8, 4.

(3) Cfr. ad es. fr. 80 D. 32.

(4) Nel fr. 3 D. 41, 7 si dice solo che il condomino può derelinquere: mentre il domino esclusivo non può derelinquere *pro parte.* Ed è naturale, giacchè il primo derelinquendo la sua quota, derelinque il diritto che ha sulla cosa intera.

(5) Ulp., 1, 18, Paul., 4, 12, 1: « alterius domini totus fit servus iure adcrescendi », *fragm. Dosith.*, § 10. La modificazione introdotta da Giustiniano (c. 1 o 2 C. 7, 7) risponde più ai sentimenti di umanità, che alla logica giuridica.

menti si comprende come, non potendosi o non volendosi acquistare da uno dei due condomini il provento della cosa comune, questo si acquisti all'altro esclusivamente (1).

339. Quale è la misura del diritto dei singoli condomini, finchè dura il comune rapporto? Riguardo alla pertinenza, è certo che *ogni condomino può escludere gli estranei dalla cosa comune*, mentre non può escludere gli altri condomini (2). Rispetto alla disposizione, bisogna distinguere. Il condomino può fare tutti gli atti giuridici di disposizione, che non ledano il diritto degli altri. Può quindi vendere, donare, legare, ecc., sostituendo altri in proprio luogo; può anche costituire ipoteca, poichè questa ha per effetto appunto di condurre all'alienazione del diritto a lui spettante (3). Una costituzione di usufrutto è parimenti lecita (4), poichè l'usufruttuario subentra in quel *ius utendi atque fruendi*, che al condomino sarebbe spettato, senza veruna modificazione del diritto degli altri. Non può invece un condomino senza l'intervento di tutti gli altri costituire servitù attive o passive. Qui non è possibile limitare l'efficacia della servitù rispetto alla sola proprietà del costituente, come era possibile nei casi accennati; come vedremo più avanti,

---

(1) «In eo quod alter ex dominis potest adquirere alter non potest, perinde habeatur ac si eius solius (servus) esset, qui adquirendi facultatem habeat»: fr. 1, § 4 D. 45, 3.

(2) In questo senso *communis* si contrappone a *proprius* cfr. fr. 27. 32 D. 8, 3; ma non cessa la *res communis* di essere anche *propria* (nel primo senso): c. 2 C. 7, 7.

(3) Fr. 3, § 2 D. 20, 4: fr. 7, § 4 D. 20,6.

(4) Fr. 9 D. 7, 2, ecc.

la servitù si può considerare come una « condizione pel fondo » e per conseguenza di ogni proprietà da che sussista sul fondo medesimo. In questo senso si dice che la servitù è *indivisibile*, che « pro parte constitui non potest » (1). Da ciò deriva che, se la servitù è costituita validamente a favore di un *fundus communis*, ciascun condomino può esperire *in solidum* l'azione diretta a farla rispettare (2). Da ciò deriva pure che la *servitus* costituita a beneficio del fondo comune si mantiene, purchè da parte di uno essa venga esercitata (3). Se pertanto uno dei condomini costituisse una servitù attiva o passiva, l'atto suo è nullo (*nihil agit*) : tale costituzione non può aver luogo che coll'intervento di tutti. Solo si ammette che questi possano costituire in tempi diversi, convalidandosi mercè l'ultimo atto di costituzione tutti i precedenti (4).

---

(1) « Per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse » fr. 32 D. 8, 3; fr. 5, 6, § 2 D. 8, 4; fr. 18 *ib.*; fr. 4, § 3 D. 8, 5. Sulla spiegazione data nel testo v. fr. 34 pr. D. 8, 3.

(2) Fr. 4, § 3 D. 8,5.

(3) Fr. 3 D. 33, 3. La servitù costituita su un fondo a favore di un altro si mantiene ancorchè il proprietario di questo diventi comproprietario di quello o viceversa (fr. 8, § 1 D. 8, 1). Siccome la servitù si può esercitare dall'altro condomino o a suo carico, ne è impedita l'estinzione per confusione: l'esercizio è sempre e necessariamente *in solidum*.

(4) « Ut... ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, acsi eodem tempore omnes cessissent »: fr. 18 D. 8, 4. Onde se il primo che ha costituito nel frattempo muore, diventa incapace, o aliena il suo diritto, l'atto degli altri non ha alcun valore, « cum enim

340. Quello che si è detto della costituzione di servitù, vale anche degli atti di materiale disposizione della cosa e specialmente delle modificazioni e innovazioni recate alla cosa medesima. Non è possibile che un condomino le intraprenda senza influire anche sul contenuto della proprietà degli altri. Così si giustifica il principio del *ius prohibendi*, per cui uno solo dei condomini che si opponga impedisce a tutti gli altri qualsiasi innovazione: cfr. fr. 28 D. 10, 3: « in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse » (1). Però ogni condomino può fare

---

postremus cedat, *non retro adquiri servitus* videtur, sed perinde habetur, atque si cum postremus cedat, omnes cessissent »: *ibid.* Finchè l'ultimo avesse costituito, gli altri potevano ritirare il loro assenso; nel diritto giustinianeo essi però sono *in pendenti* vincolati: cfr. fr. 11 D. 8, 3 (interp.). Sulla costituzione *mortis causa* v. fr. 18 cit.

(1) « Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet... quia *invito socio in re communi non habeas ius aedificandi* »: fr. 27, § 1 D. 8, 2. Queste parole alludono evidentemente alla formola dell'azione negatoria di cui poteva valersi un condomino per respingere gli atti dell'altro, che invadesse l'ambito del suo diritto (Ferrini, *Studi per Bologna*, p. 97, n. 1). È superfluo far risaltare quale importanza abbia questo punto per confermare la dottrina della comproprietà da noi accettata. Il fr. 26 *ib.* non osta, poichè dice solo che un condomino non può limitare *iure servitutis* il suo dominio a favore dell'altro: ciò è pienamente consono agli insegnamenti suesposti. Egregiamente poi espone il principio Marcello: i condomini possono esperire contro il condomino, che voglia edificare o abbia edificato contro la loro volontà, o la proibitoria (*ius sibi esse prohibendi*, ecc.) o la negatoria (*ius illi non esse aedificandi* o *aedificatum habere*): « ille, qui facere conatur... quodammodo *sibi alie-*

anche contro il volere degli altri le riparazioni necessarie all'edificio comune e giustamente poichè qui sono gli altri che, impedendo la riparazione e cagionando il deperimento o la rovina dello stabile, produrrebbero un mutamento nel contenuto del suo diritto. Egli può farsi rimborsare le spese dagli altri condomini, i quali, se entro quattro mesi non pagano la somma e gl'interessi, perdono a suo profitto — ov'egli non preferisca avere il rimborso — la loro proprietà (1).

Nel *muro comune* ciascuno può fare dalla parte sua quello che vuole, purchè non rechi danno alla consistenza del muro o all'uso di esso da parte del vicino; nella destinazione è appunto la tacita concessione reciproca che ognuno si valga in tale maniera della parete (2).

---

num quoque ius praeripit (invade necessariamente anche il contenuto degli altri dominii), si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit»: fr. 11 Digesto 8, 5.

(1) La disposizione si rannoda alle altre *ne ruinis urbs deformetur*: fr. 52, § 10 D. 17,2: fr. 35 sqq. D. 39, 2.

(2) Ognuno può rinforzare e — occorrendo — riedificare il muro comune, poichè ognuno ha diritto di valersene per sostenere il proprio edificio: questo è insito nella stessa destinazione: fr. 12 D. 10, 3. Se la spesa è necessaria per mantenere il muro, che minaccia ruina, allora valgono i principii suesposti circa le riparazioni necessarie (Paul., *S.*, 5, 10, § 2). Ma se non è necessario, un condomino non può riedificare il muro comune e può essere impedito colla negatoria (fr. 8 D. 8,2: «demoliendi et reficiendi *ius non est*»). Il condomino dalla sua parte può appoggiare una scala (fr. 19, § 2 D. 8, 2), ma non potrebbe applicare un forno (fr. 27, § 10 D. 9, 2) o caloriferi che danneggino la consistenza del muro (fr. 13 pr. *ib.*) o condotti d'acqua che vi spandano umidità (fr. 19

La gestione della *res communis* può essere tenuta o da tutti insieme i condomini o da alcuno di essi: le regole fondamentali sono che si debbono dividere tanto i frutti e gli altri proventi, quanto gli oneri e le spese (1); che ciascuno risponde dei danni prodotti alla cosa comune per sua colpa (2). La colpa qui si misura alla stregua della *diligentia quam suis* (3).

341. Dalla esposizione fatta risulta che il rapporto di condominio è un rapporto di equilibrio forzato, in cui le proprietà concorrenti non possono spesso trovare adeguata esplicazione. Non può

---

pr. *ib.*). Può un condomino far dipingere e ornare di stucchi la parete dalla sua parte, poichè ciò non impedisce l'uso del vicino. Ma se questi — come ne ha il diritto — per la necessità della sua costruzione dovesse demolire e riedificare il muro, non potrebbe essere costretto a rimborsare il valore dei dipinti e degli stucchi, giacchè qui ognuno può fare tutto ciò che non diminuisce il diritto dell'altro e si arriverebbe praticamente ad una proibizione imponendo il rimborso di *pretiosissimae picturae.* Così sapientemente il fr. 13, § 1 D. *ibid.*, da cui gli interpreti colla solita incoscienza hanno cavato una regola generale in materia di indennità!

(1) Fr. 3 pr.; fr. 4, § 3; fr. 6 pr., § 1-3, § 12 D. 10,3; fr. 34 D. 17, 2. Circa le azioni v. Ferrini, *Bull. Ist. d. r.*, VII, 100 sg.

(2) Ad es.; «si quis rem communem deteriorem fecerit. forte servum vulnerando aut animum eius corrumpendo aut arbores ex fundo excidendo»: fr. 8, § 2 Digesto 10, 3. Cfr. fr. 20 *ib.:* «quidquid culpa socii emissum est»; fr. 26: «si quidem culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset».

(3) «Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus»: fr. 25, § 16 D. 10, 2.

quindi un tale rapporto essere costituito in perpetuo; non si può rinunciare al diritto di chiederne lo scioglimento. Tutt'al più, ove questo sia conforme all'uso richiesto dalla qualità della cosa, può pattuirsi che la *communio* non si abbia a sciogliere per un tempo determinato (1). Se taluno non acconsente alla divisione, lo si può astringere coll'*actio communi dividundo* (2), la quale serve anche nel caso che le parti vogliano dividere, ma non si accordino sul modo di fare la divisione, ovvero per ottenere la ripartizione dei proventi o delle spese (quando per queste non sia il caso di intentare l'*actio negotiorum gestorum*) e la riparazione dei danni (3).

342. La divisione si può fare o assegnando a ciascun comproprietario una parte determinata della cosa comune quale oggetto esclusivo della sua pro-

---

(1) Fr. 14, § 2, 3 D. 10,3; fr. 16, § 1 D. 17, 2. L'unica eccezione che trovasi nelle fonti è quella del *vestibulum binarum aedium*, che non possa essere suddiviso. Esso non può essere attribuito per intero a veruno dei due, giacchè allora una delle case rimarrebbe senza ingresso: fr. 19, § 1 D. 10, 3.

(2) Per l'eredità comune fra coeredi serve l'*actio familiae erciscundae.*

(3) Fr. 3 pr. D. 10, 3. L'azione ha carattere obbligatorio; l'*obligatio* di dividere scaturisce *ex re* ed è ambulatoria: astringe chi si trova attualmente nel rapporto di comunione: fr. 6, § 4 *ib.:* l'altra *obligatio* che vi concorre è invece più connessa alla persona e nasce dal fatto. La prima ha la sua sanzione nella *adiudicatio*, l'altra esclusivamente nella *condemnatio.* È possibile che, pei fini di questa, l'azione munita di *praescriptio* e omessa l'*adiudicatio* si desse anche in permanenza di comunione.

prietà (1) o attribuendo la cosa per intero ad uno dei condomini (2) e compensando l'altro o gli altri, concedendo l'usufrutto o imponendo un compenso in denaro (3).

343. La misura (*portio, pars*), con cui deve farsi la divisione della *res communis*, dei proventi, delle spese non è sempre uguale per tutti i condomini. Se la comproprietà è stata costituita per atto giuridico, il disponente o i disponenti possono aver fissato una diversa proporzione (contratto di società, legato. ecc.); lo stesso può avvenire in altri casi, ove siavi una ragione corrispondente (4). La formola vera è a mio avviso, che qui spetta ad uno dei condomini più volte la proprietà della cosa (5). La proprietà plurima di una cosa è un non senso, quando trattasi di proprietà esclusiva, poichè « nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest » (6); ma ha molto senso quando trattasi di

---

(1) Ad es. un fondo può dividersi in due fondi, una pezza di tela o un blocco di metallo greggio in due pezze o due blocchi, ecc. Sulla *res nova* il giudice attribuisce ad uno il dominio esclusivo. Nel caso di un fondo così ripartito, può essere spediente che il giudice imponga servitù reciproche ai nuovi fondi che si vengono formando.

(2) Trasferendo cioè in un condomino il dominio dell'altro: i due dominii si confondono e sparisce il limite. Per cui l'*adiudicatio* ha sempre funzione *attributiva* di diritto.

(3) §§ 4. 5 I. 4, 17.

(4) Fr. 3, § 2 D. 6,1.

(5) Ferrini, *Diritto romano*, II ed. (Höpli), p. 69. Il diritto di accrescimento non si spiega nelle sue regole se non a questa maniera: v. avanti.

(6) Gai., 4, 4.

proprietà concorrenti. Poichè se io ho due volte la proprietà di una cosa e Tizio una volta sola, ciò significa che il mio diritto ha duplice energia, il che si rivela sovratutto nel riparto degli utili, degli oneri e della cosa stessa. A questo risultato deve del resto necessariamente pervenire chiunque ammette, come noi ammettiamo, che ogni condomino abbia diritto di proprietà su tutta la cosa. Si supponga che sul fondo x siano tre comproprietari a pari diritto, A, B e C e che A istituisca erede B o altrimenti B acquisti il diritto di A. Il risultato sarà necessariamente che la *portio* di B sia di $^2/_3$ e quella di C di $^1/_2$; la spiegazione che B ha due proprietà sulla cosa (quella originaria e quella posteriormente acquisita) e C una sola. Per cui la *quota* (*pars, portio*) rappresenta la reciproca potenza numerica delle proprietà dei condomini e costituisce l'*indice* delle misura per tutti i riparti che fra essi devono avere luogo (1).

344. Altre limitazioni sorgono per diretta disposizione del diritto oggettivo (2). E queste o mirano a tutelare qualche interesse pubblico, ovvero a temperare l'assolutezza del dominio a favore di altri dominii, ciò che ha luogo esclusivamente nei rapporti di vicinanza della proprietà fondiaria: Fra le due categorie di limitazioni vi è la differenza, che

(1) La *pars pro indiviso* è dunque una rappresentazione intellettuale: «pro partibus indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore»: fr. 5 D. 45, 3. Il *corpus* è l'oggetto del diritto di tutti; la rispettiva potenza di tali diritti non ha rappresentazione materiale.

(2) Un recente e utile riassunto è quello del Lusignani, *Le limitazioni della proprietà in d. r.*, 1898 (dal *Filangieri*, 1898, fasc. 7)

le seconde a differenza delle prime possono subire derogazioni per volontà delle parti. Cominciano a discorrere delle prime.

345. I. Espropriazione a causa di pubblica utilità (1). Per l'antico diritto è impossibile trovare esempii sicuri (2). Anche i soliti esempii che si traggono dal *De aquaeductibus* di Frontino (3) non bastano, poichè non si accenna a veruna necessità di alienare (4). La disposizione, per cui il padrone inumano puo in diritto classico essere talora costretto a vendere *ad altro privato* il servo (5), non sembra da riferisi a questa materia; meno ancora quella, per cui diventa *ipso iure* libero il servo infermo derelitto dal padrone (6). Piuttosto può ricordasi il caso di servi, che venivano liberati per cura dello Stato (e di regola — ove a titolo di pena

---

(1) Fresquet nella *Revue hist. de droit,* 1860, p. 97 sg. Lanciani, *Memorie dell'Acc. de' Lincei : classe di sc. morali,* IV, 597 sgg. Piccinelli, *Sull'espr. p. c. di p. u. nel d. r.*, 1882.

(2) I casi, di cui Cic., *de off.*, 3, 16, § 66 : Festo, pagina 344*b*, 17 M., non sono probanti. Si tratta di edificii costrutti contro le regole religiose e che avrebbero dovuto distruggersi per coazione (morale) dei collegi sacerdotali.

(3) c. 127.

(4) «Si difficilior possessor in parte vendenda fuerit, pro toto agro pecuniam intulerint, et post determinata necessaria loca rursus eum agrum vendiderint». Forse è più apparente il concetto della necessità nella *lex Coloniae Ursonensis*, c. 99; seppure il passo si riferisce ad *agri privati.* L'Editto venafrano (*Corp. inscr. lat.*, X. n. 4842) è contrario all'espropriazione forzata.

(5) Gai., 1, 53.

(6) Fr. 2 D. 40, 8.

non avvenisse il contrario — tolti di mano al domino colla concessione di congrua indennità) per rimeritare servizii da loro resi al pubblico. Del resto un atto autoritario da parte dello Stato non è incogitabile pei fondi provinciali (fr. 33 D. 19, 2), su cui i giuristi classici ammettono un alto dominio di esso.

Nel diritto nuovo questo punto non è invece dubbio. Una disposizione generale, per cui fino al valore di cinquanta libbre potesse espropriare coattivamente l'autorità prefettizia e negli altri casi si dovesse riferirne al principe, è nel codice teodosiano (1). Il principio è ripetuto nel codice giustinianeo e pur nelle Novelle (2).

346. II. Limitazioni per scopo di religione. Se vi ha un sepolcro intercluso e il proprietario del fondo circostante non s'induce neppure precariamente a cedere un passaggio, può per un rescritto di Settimio Severo e Caracalla essere astretto *extra ordinem* a farlo *iusto pretio* (3).

Per riguardi religiosi (e insieme di sicurezza e di sanità pubblica) era proibito sepellire o cremare un cadavere in un terreno nell'interno della città (4).

---

(1) C. 30 C. Th. 15, 1 (= c. 9 C. 8, 11 [12]). Altre disposizioni di poco posteriori v. in c. 39 C. Th. *ib.* (= c. 14 C. I.), c. 51 *ib.* (= 18). Più gravo è l'ordine arbitrario nella c. 50 C. Th. *ib.*

(2) Nov. 7, 2, § 1. L'imperatore presuppone una *necessità* relativa al bene della società (*κοινωφελής*) o dello Stato (*πρὸς λυσιτέλειαν τῆς πολιτείας βλέπουσα χρεία*).

(3) Fr. 12 pr. D. 11, 7. Non è costituzione di un diritto di passo; è semplicemente un *iter precarium*.

(4) Già nelle XII tavole X, 1: Cic., *de legibus*, 2, 23, 58. V. anche *Gromatici lat.*, I. 271, l. 20 sgg. La stessa

347. III. Limitazioni dell'uso delle rive. Il proprietario di un fondo rivierasco di un fiume pubblico deve ammettere l'*usus publicus riparum*, che da Gaio è paragonato a quello dello stesso fiume (1).

348. IV. Viabilità: fr. 14 § 1 D. 8, 6: « Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet ». Questo passo di Giavoleno è variamente interpretato; mi pare preferibile intenderlo nel senso, che il proprietario vicino è costretto dall' autorità a tollerare transitoriamente il passaggio sopra il suo fondo, finchè non si è riparato il danno avvenuto. Ove però in seguito alla rovina della strada pubblica il fondo venga ad essere in riva al fiume pubblico, il lembo lungo il fiume è soggetto per sè all'*usus publicus*, come si è detto.

349. V. Edilizia. Per disposizione delle XII tavole l'edificio (urbano) doveva avere un *ambitus*, ossia una striscia libera di terreno, che lo circondasse (2). La larghezza di tale striscia ci è atte-

---

disposizione anche nella *lex coloniae genetivae*, c. 73. Le leggi municipali che al contrario permettevano *in civitate sepeliri* dovettero cedere ad un rescritto generale di Adriano: fr. 3, § 5 D. 47, 12. V. c. 12 C. 3, 44. Riguardi di sicurezza imposero invece l'altra norma (X, 10, 11 Sch.): « rogum bustumve novum vetat propius LX pedes adici aedes alienas *invito domino* » (siamo dunque nel puro campo dei rapporti di vicinanza): Cic., *de leg.* 2, 24, § 61; Voigt, XII *Tafeln*, II, p. 674 sg. Il divieto assorge a ragione pubblica nella *lex col. gen.*, c. 74.

(1) Fr. 5 pr. D. 1, 8 (cfr. § 4 I. 2, 1). Cfr. fr. 30, § 1 Digesto 41, 1. Paolo dice perciò *publicae* le rive: fr. 3 pr. D. 43, 12, v. l'editto dei pretore in fr. 1 pr. D. 43, 14.

(2) Varrone, *de l. l.*, 5, 22; Fest, *Ambitus*, p. 5 e 16 M.,

stata in due piedi e mezzo (1): l'opinione dominante ritiene che i due piedi e mezzo dovessero lasciarsi liberi da ciascuno dei confinanti, riuscendo così l'intercapedine di cinque piedi (2). Per ragioni diverse, sovratutto per la necessaria economia di spazio, si derogò in molti casi all'antica norma e si ebbero costruzioni contermini aventi un *paries communis* (3). All'*ambitus* delle singole case si sostituisce un *legitimum spatium* (4), che deve circuire l'*insula*.

Nel diritto nuovo troviamo ordinato che il proprietario nel costruire un edificio debba tenersi almeno a 15 piedi di distanza dagli edificii pubblici sotto gravi comminatorie (Arcadio e Onorio, c. 46 C. Th. 15, 1 = c. 9 C. I. 8, 10): lo stesso ribadisce, mentre ordina che fra i balconi e altre sporgenze di edificii privati abbiano a intercedere almeno dieci piedi, la costituzione di Onorio e Teodosio (c. 11 C. 8, 10).

Sull'argomento cfr. Brugi, *L'ambitus e il paries communis*, 1887 (dalla *Riv. It. per le sc. giur.*, IV. 3). Varrone spiega l'*ambitus* colla frase *parietis circumitus*: v. anche Brugi, *l. c.*, p. 10 sg.

(1) *Sestertius pes*: Meciano, *Ass. distr.*, § 46.

(2) Questa è anche l'opinione di Voigt, *Ber. der K. K. Ges. zu Leipzig: phil. hist. kl.*, XXIV, 45: Brugi, *l. c.*, p. 7 sg.; Dernburg, *Pand.*, I, 460. Contro: Humbert nel *Dict.* di Daremberg e Saglio, I, p. 233: Karlowa, *röm R. G.*, II, 1, p. 519. Circa lo scopo dell'*ambitus* v. Brugi, *l. c.*, p. 16-28.

(3) Brugi, p. 35 sgg. Karlowa; *l. c.*, p. 520.

(4) Fr. 14 D. 8, 2. Circa il divieto neroniano (in ogni caso locale e transitorio) del *paries communis* v. Tacito, *Ann.*, 15, 43. V. Brugi, *l. c.*, p. 61 sg.

Più importante è la costituzione zenoniana (1), che spiega e determina altra precedente a noi ignota di Leone. L'imperatore fissa in dodici piedi la distanza minima fra gli edificii privati. Giustiniano (2) rimuove il dubbio che questa fosse una legge locale per Costantinopoli e la dichiara obbligatoria per tutto l'impero.

Anche l'altezza degli edificii ha preoccupato per evidenti ragioni di sicurezza e igiene pubblica i legislatori romani (3). Si parla di un *modus usitatus altitudinis* (4), di disposizioni contenute in leggi ed editti dei principi (5). Zenone nella citata Costituzione (6) determina l'altezza di cento piedi; ma forse la disposizione non si riferisce che alle costruzioni verso il mare.

L'interesse estetico (*ne urbs ruinis deformetur*) si esplica in una numerosa serie di disposizioni nel periodo imperiale. Un senatoconsulto osidiano vieta di detrarre materiali agli edificii a scopo di speculazione (« ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi adquireret »), dichiarando nulla la vendita e per di più ordinando una multa equivalente al doppio del prezzo pattuito (7). Un senatoconsulto

---

(1) c. 12 C. 8 10. Dirksen, *Abh. der K. Ak. der W. in Berlin* (phil. hist.), 1844, p. 81 sgg.

(2) c. 13 *ib.*

(3) Cfr. Sueton., *Octav.*, 89. Tacito, *Ann.*, 15, 43.

(4) Severo e Carac., c. 1 C. 8, 10.

(5) Fr. 1, § 17 D. 39,1.

(6) § 4.

(7) *Corp. inscr. lat.*, X, n. 1401. Il S. C. è seguito nella tavola da altro S. C. (Volusiano), che concede dispensa in un caso e per ragione particolare, pur riconfermando il principio generale. Senza nome il S. C. è riferito nel

« Aviola et Pansa consulibus » estese il divieto ai legati (1). Anche la distruzione di edificii senza riedificarli fu più volte vietata (2). È proibito detrarre marmi o colonne dalle case urbane per trasferirli nelle ville, sebbene appartenenti allo stesso proprietario : rimane invece lecito trasferirli in altro edificio urbano, anche in altra città (3) purchè nella stessa provincia (4).

350. VI. Miniere. — Nel diritto classico « si constati in agro tuo lapicidinas esse. invito te, *nec privato nec publico nomine* quisquam lapidem caedere potest. cui id faciendum ius non est » (5). Nel diritto nuovo invece chiunque può fare ricerche di marmi e filoni metalliferi nell'altrui sottosuolo (6), e col-

---

fr. 52 D. 18, 1. Cfr. fr. 48 D. 39,2 (dove la multa è considerata in modo che il venditore abbia a rifondere all'erario il prezzo ricevuto o il compratore a pagare a questo *alterum tantum*). Il S. C. prende occasione da un editto di Vespasiano (c. 2 C. 8, 10).

(1) « Ea, quae aedibus iuncta sunt.. legari non posse senatus censuit »: fr. 41, § 1 D. 30. V. *ibid.*, fr. 41-43 spiegazioni e commenti.

(2) Occorre all'uopo dare garanzia; in casi speciali può ottenersi dispensa dalla curia : *lex col. genet.* c. 75; *lex Malac.*, c. 62. Nelle nostre fonti, oltre l'obbligo di riparazione specialmente in ordine all'aspetto esteriore (c. 8, § 1 C. 8,10), è vietata la distruzione di un edificio non susseguita da ricostruzione, almeno se in tal guisa *publicus deformetur adspectus* (c. 2 *ib.*).

(3) c. 6 C. 8, 10.

(4) c. 7 *ibid.*

(5) Ulp. in fr. 13 § 1 D. 8, 4. Segue un'ampia interpolazione, cfr. Kalb, *Iuristenlatein*, p. 71 (cfr. c. 3 C. 11, 6).

(6) Purchè non metta a repentaglio la stabilità degli edifizii : c. 6 C. 11, 7 (6).

tivare la miniera scoperta, pagando un decimo al fisco e un decimo a titolo di *solarium* al proprietario del suolo (1).

351. Veniamo ora alle limitazioni derivanti dai rapporti di vicinanza (2). È difficile lo stabilire un criterio generale. Il principio del fr. 8 § 5 D. 8. 5 « in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat », va inteso con temperamenti e non basta, sovratutto pel diritto giustinianeo, a dare spiegazione di molti fatti. Neppure serve il criterio del divieto degli atti emulativi (3), ossia di quegli atti che taluno fa senza alcun utile proprio al solo fine di recare al vicino dispetto o nocumento (4). Il principio romano classico è che un'azione per sè lecita non diventa giuridicamente illecita per la mala intenzione di chi la compie « nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur » (5): « nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet » (6).

---

(1) Fr. 13 § 1 cit. nella parte interpolata: c. 3 C. *ib.*: cfr. c. 10 e 11 C. Th. 10,19.

(2) Ihering ne' suoi *Iahrbücher*, VI, 2, p. 81 sgg. Hesse, *Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksn.*, 2 ediz., 1880.

(3) La parola *aemulatio* in questo senso fu tratta dagli interpreti dal fr. 3 pr. D. 50,10, ove però essa non ha affatto tale significato.

(4) Cfr. Scialoja nell'*Encicl. giur. it.*, v. *Aemulatio*: Atzeri, *Atti ad emulazione*, 1886: Ancona, *Atti ad emulazione nell'esercizio del diritto di proprietà*, 1894 (dall'*Archiv. giur.*, LII, 3. 4): Perozzi, *Arch. giur.*, LIII, 350 sgg. Fra gli stranieri: Wächter, *Württemb. Priv. R.*, II, p. 194 sg. (*Pand.*, 1, 169), Rewoldt ne' *Gruchot's Beiträge*, XXIV, p. 677 sgg. Pernice, *Labeo*, 2², 1, pag. 57 sgg.

(5) Fr. 55 D. 50, 17. Cfr. fr. 129 pr. *ibid.*

(6) Fr. 151 *ib.*

352. Se nonostante tali principii troviamo qua e là nelle nostre fonti qualche passo, che sovratutto in materia di proprietà dichiara giuridicamente illecito quello che fu operato con *malizia* o con *animo di nuocere*, l'esame accurato rivela che di regola tali accenni sono interpolati e quindi nulla provano pel diritto classico (1) e che anche pel diritto giustinianeo la loro importanza non è in questo senso (2) : ma piuttosto nel senso dell'introduzione di nuovi (e non sempre inopportuni) limiti oggettivi.

353. Alquanto vaga è pure la formola della *normalità dell'uso*, su cui si fonda specialmente l'Ihering nel citato articolo. Il principio del diritto antico e classico è quello della massima possibile autonomia della propietà individuale ; il proprietario può fare nel fondo suo quanto gli pare e piace e non è tenuto a tollerare qualsiasi, pur piccola, ingerenza d'altri nel fondo suo, se questa non è imprescin-

---

(1) Per alcuni testi attinenti al regime delle acque v. Perozzi, *l. c.*, p. 351-377; in generale v. Pernice. *l. c.*, p. 64, che riassume chiaramente gli argomenti principali. V. il mio *Diritto penale romano* [(Höpli, 1898), pagina 157 sgg.

(2) Anco pel diritto giustinianeo il limite suole avere una ragione obbiettiva. Nel fr. 38 D. 6, 1 (che non si rapporta direttamente al nostro tema) si insegna che il possessore ha il *ius tollendi* solo in quanto il *tollere* ha per lui utilità (Bekker, *Pand.*, 1, 70). Il *tollere* senza alcun scopo è certo una cattiveria, e i compilatori non seppero trattenersi dal rilevarlo (*malitiis non est indulgendum*); ma non in quanto è *cattiveria* è giuridicamente vietato, ma in quanto manca dello scopo, per cui il *ius tollendi* è riconosciuto. Circa i fr. 1 § 11 e 2 §§ 5. 9 D. 39, 3 v. avanti, ove parleremo dell'*aqua pluvia arcenda*. V. poi le osservazioni nel mio *D. p. rom.*, p. 169.

dibile necessità per l'esercizio ordinario del dominio. Nel diritto giustinianeo tale principio non è formalmente rinnegato; ma si contempera con un principio di socialità, che ha numerose applicazioni, sovratutto là dove il diritto di proprietà è una condizione per godere in modo speciale di beni a tutti comuni, acqua, luce, ecc.; non devesi in tal caso l'autonomia individualistica proteggere in guisa da rendere possibile qualunque spreco od abuso con detrimento di altri proprietarii e conseguentemente della società intera (1).

La prova di quanto si è detto sarà fornita dai una rapida disamina dei precipui casi, che sogliono addursi, di limitazioni (vere o pretese) derivanti da rapporti di vicinanza.

354. I. *Iter limitare.* Ogni fondo deve lasciar libera, si dice, una striscia di 2 piedi e $^1/_2$ al confine, in modo che resulti una zona intermedia di 5 piedi di larghezza, che serva e per voltare l'aratro al termine del solco, senza invadere la cultura altrui e per dare ai singoli fondi accesso sulla via pubblica. Le dodici tavole menzionano questi *quinque pedes*, negando che possano essere oggetto di usucapione (Cic., *de leg.* 1, 21, 55) (2). È però da avvertire, come nei terreni limitati il *limes*, che gira attorno alla *centuria*, non pare che cadesse in attribuzione al dominio privato; era quindi una striscia di terreno *non adsignata*. Probabilmente ai *limites* si riferisce l'antica norma decemvirale. Ma è certo che nel diritto classico la norma è applicata anche ai *fines*

(1) Perozzi, *l. c.*, p. 369 sgg.

(2) Rudorff, *Grom. Instit.*, II, p. 433 sg. Karlowa, *röm. R. G.*, II, 1, p. 459-464, Brugi, *Dottrine giur. degli agr.*, p. 331 sgg.

(*confinium*) che dividono o gli agri per entro la centuria o quelli arcifinii: qui sorge certo un limite reciproco, ma esso è stabilito, perchè altrimenti si renderebbe inevitabile l'invasione (coll'aratro) del fondo vicino (1). Il riconoscimento dei *rigores* o *fines* oscurati o contrastati si otteneva mercè l'*actio finium regundorum* (2).

Grave questione è quella, se in mancanza di accesso al fondo (ad. es. perchè la natura del terreno non permette che il sentiero lo possa circuire) il vicino possa essere costretto a fornire il passaggio (c. d. passo necessario) (3). Si suole argomentare dal citato fr. 12 pr. D. 11, 7 che concerne l'*iter ad sepulcrum* ed ha quindi diversi il presupposto e l'ufficio. Altri passi probanti nelle fonti giuridiche non abbiamo (4): nei gromatici non si trova una testimonianza diretta (5).

---

(1) Hygin., 126, 3 sgg. (cfr. p. 127, 13 L.).

(2) *Controversia de rigore*, Frontin, p. 11, 3: *de fine id.*, p. 12, 1 sg. Cfr. p. 37, 19 sq.

(3) Brugi, *Sulla dottrina romana delle servitù prediali*, I, § 2 sgg (dall'*Arch. giur.*, XXV), e *Dottrine giur.*, p. 331-368.

(4) Nel fr. 22, § 3 D. 10, 2 si parla di servitù di passo costituita mercè *adiudicatio* (ed a questa è forse da ricondurre l'oscuro fr. 23, § 3 D. 8, 3: dove insomma si vuol dire che, se un fondo avente servitù attiva di passo venga diviso *certis regionibus*, ciascuna di queste, diventando fondo autonomo, ha la servitù; ma questa non costituisce per la *regio* più remota un diritto di passo attraverso le altre *regiones:* solo se il passaggio attraverso queste si ottiene *iure* o *precario* anche quella *regio* potrà fruire del *ius itineris* fino al limitare del vecchio fondo). Nel fr. 81, § 3 D. 30 si tratta di una costituzione tacita di servitù (pel diritto giustinianeo: il passo è interpolato, cfr. anche Lusignani, *l. c.*, p. 19 sg.).

355. II. Alberi al confine. Se l'albero del vicino protende i suoi rami sul mio edificio, è questa evidentemente una illecita perturbazione del mio dominio. Ma il mio diritto non si limita a far levare i rami (1); bensì io posso pretendere, che venga levato l'albero e se ciò non vien fatto, posso io stesso levare l'albero e prendermi la legna e il pretore m'accorda all'uopo un interdetto che mi protegge. Se invece l'albero del vicino protende i rami sul mio campo, io posso pretendere che siano recisi quelli che invadono il mio fondo fino all'altezza di 15 piedi da terra (2); se ciò non avviene, posso io stesso operare il taglio e tenermi la legna. Questa limitazione, che si riduce al modico onere corrispettivo di tollerare i rami sporgenti alti sopra i 15 piedi dal suolo, è come la precedente sanzionata in un editto pretorio (fr. 1, § 7 D. cit.); ma deriva dalle XII tavole. Le quali avevano pure un'azione per far rimuovere l'albero del vicino inclinato per la forza del vento sul fondo dell'altro (3).

---

(5) Frontin., p. 24, 7: « qui proximus possessor est... transitum inverecunde denegat » e p. 58,13 « horum loco non inique, per qua possit loca commode iri, iter commutant »: Siculo H., p. 146, 17: « aliquando deficientibus vicinalibus viis per agros alienos iter praestatur ».

(1) Così avevano pensato i più antichi commentatori dell'editto (arg. fr. 1, § 2 D. 43, 27); ma la loro opinione non è più accolta dai giureconsulti dell'età imperiale.

(2) Questa è la più naturale interpretazione del fr. 1, § 7 D. *ib.*

(3) Fr. 2 D. *ib.* Cfr. Schöll, *XII tab.*, VII, 9 (p. 139). V. pure Paolo, *Sent.*, 5, 6, § 13. Gli interdetti *si arbor in alienas aedes* o *si arbor in alienum agrum impendebit*

356. III. Ingresso nel fondo altrui per raccogliere i proprii frutti ivi caduti. Le XII tavole concedono di *legere glandem* scaduta nel fondo altrui *tertio quoque die*: cioè, secondo la più verosimile interpretazione ogni due giorni. All'uopo il pretore concesse un interdetto (1).

357. IV. Immissione di fumo, ecc. Queste immissioni costituiscono vere invasioni della proprietà altrui e quindi in massima non si devono tollerare, poichè « in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat ». Donde non si è tenuti a subire l'invasione di una immodica copia di fumo proveniente da una vicina *taberna casiaria*; o quella di scheggie che cadano nel nostro fondo da quello vicino ove le pietre si lavorano (fr. 8 § 5 D. 8, 5). Devesi può tollerare l'invasione di quel fumo *non gravis*, che proviene dalla casa vicina, ove è prodotto per gli usi ordinarii della vita (cu-

---

possono utilmente applicarsi a radici che si estendano nell'altrui sottosuolo minacciando le fondamenta: c. 1 C. 8, 1. In casi di minore urgenza non si ha il diritto di reciderle, ma solo quello di esperire la negatoria (fr. 6, § 2 D. 47, 7).

(1) Avvertono i giuristi, che « glandis nomine omnes fructus continentur »: fr. 1, § 1 D. 43, 28. Per le altre cose, che si trovano sul fondo altrui (travi portate dall'innondazione, *crusta delapsa*, ruderi di un edificio caduto, ecc.) il proprietario ha normalmente l'*actio ad exhibendum* per farsele consegnare (cfr. fr. 5, § 3-5 D. 10, 4: fr. 25 D. 19, 1; fr. 7, § 2; 9, § 1 D. 39, 2). Egli deve però risarcire il danno avvenuto e all'uopo spetta al domino del fondo il *ius retentionis*. Interdetti analoghi a quello *de glande legenda* erano qui pure accordati, sovratutto ove non paresse applicabile l'*actio ad exhib.*: fr. 15 D. 10, 4.

cina. riscaldamento). Impedire di produrre questo fumo equivarrebbe, come il giurista dice, a impedire di abitare la casa o di servirsene (fr. 8 § 6 l. c.) (1).

358. V. Distanze di costruzioni, piantagioni, ecc. Gajo nel commento alle XII tavole (fr. 13 D. 10 1) parla di norme da osservare in proposito sancite *ad exemplum* di altre attribuite a Solone. Quali fossero precisamente le norme romane, ignoriamo (2). Giustiniano ha proibito di fabbricare in modo da togliere il vento all'aja del vicino (3).

Nelle costituzioni dell'ultimo periodo troviamo stabilito non essere lecito fabbricare in modo da togliere a taluno *la vista diretta*, che dalle sue finestre si gode del mare (4). Ciò va inteso nel senso. che non si può fabbricare di fronte alle case, che hanno libero il progetto del mare se non a cento piedi di distanza (5). Ma Zenone si richiama a

---

(1) Già diverso è il caso dei vapori provenienti da un locale destinato a bagni caldi (fr. 8, § 7 D. *l. c.*): della umidità proveniente da un letamaio addossato al nostro muro (fr. 17, § 2 *ib.*).

(2) Nella legge attribuita a Solone un muro di cinta deve distare un piede (attico) dal confine, una casa due, una fossa tanto quanto essa misura in profondità; un pozzo una tesa, l'olivo ed il fico nove piedi, cinque gli altri alberi.

(3) c. 14 § 1, Cod. 3, 34: «nemini licere aedificare *vel alio modo versari*, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat et inutilem domino aream et fructuum utilitatem faciat».

(4) c. 12, § 2 C. 8,10: ἄποψιν θαλάσσης εὐθεῖαν καὶ οὐ βεβιασμένην.

(5 c. 12, § 4 cit. Altre ragionevoli condizioni v. *ibid.*, § 4.

normo anteriori ed è da credere che tale proibizione nella città orientali sia antica e risalga a leggi o consuetudini locali (1).

359. VI. *Actio aquae pluviae arcendae* (2). Nel diritto antico e classico appena si può scorgere nel diritto che sta a fondamento di quest'azione una indiretta limitazione del dominio. Giacchè tutto si riduce a questo, che il proprietario del fondo superiore non può fare opere, che mutino lo scolo delle acque piovane con aggravio del fondo inferiore. Il fatto contrario a questo divieto genera una obbligazione, che tende secondo i casi o a costringere a ripristinare l'antico stato ovvero a tollerare che si ripristini. Quello che in sostanza si vieta è che si *scarichi* o *si immetta* nel fondo del vicino in quantità o in modo da aggravarne la condizione l'*aqua pluvia*. La norma anzichè porre un limite alla proprietà del fondo superiore tende a impedire una limitazione di quella del fondo inferiore (3). L'azione ha luogo in quanto per l'opera manufatta

(1) Sappiamo che Papiniano nel terzo libro delle questioni estendeva il principio anche alla vista dei monti. Certo egli parlava di qualche *lex* locale dell'Oriente; la citazione passò in Armenopulo (*Esabiblo*, II, 4, § 51) da un tecnico orientale Giovanni Ascalonita. Cfr. Dirksen, *hinterl. Schrift.*, II, 459; Zachariae, *Ztschr. d. S. S.*, R. A., X, p. 252 sg.; Costa, *Papiniano*, I, 125 sg.

(2) Burckhard nella *Continuaz. di Glück: Serie der Bücher*, 39-40, vol. III.

(3) In complesso deve ammettersi la formula: «Si paret opus factum esse in agro *x*, quo agro Ai Ai aqua pluvia noceret, quamobrem N. N. eam aquam A. A, arcere oportet, si ea res arbitrio tuo non restituetur, quanti», ecc. Cfr. Lenel, *Ed.*, p. 302 sg., Burckhardt, *l. c.*, p. 555 sg. (le cui conclusioni sono corrette dal primo).

l'acqua scorre in modo dannoso al fondo sotto stante: « toties locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, idest quum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam *aut maiorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare* effecit » (1). Se la condizione del fondo inferiore si aggrava o per modificazioni avvenute per fatto naturale (2) o per gli ordinari lavori di coltivazione del fondo superiore (3), l'azione cessa. Nel diritto nuovo invece l'azione viene (siccome *utilis*) molto allargata nella sua efficienza; vi si aggiungono altri provvedimenti, che nel complesso formano « un nuovo regime delle acque private opposto al classico » (4). Tale regime implica davvero gravi limiti al diritto di proprietà. Eccone i principali elementi:

a) Il diritto di derivare con opere l'acqua dal fondo vicino o trattenere l'acqua perchè non scorra sul fondo vicino è limitato a quella quantità di acqua, che sovrabbonda ai bisogni di questo; mentre era libero affatto nel diritto classico (5).

b) Il proprietario del fondo superiore non può neppure deviare un corso d'acqua, che altrimenti verrebbe, attraversando il suo fondo, a scaricarsi sul fondo inferiore, se ciò reca un danno a quest'ultimo non compensato da un congruo vantaggio pel primo (6).

---

(1) Fr. 1, § 1 D. 39,3.

(2) Fr. 1, § 10 *ib.*

(3) Fr. 1, § 3, 7 *ib.*

(4) Perozzi, *Arch. giur.*, LIII, p. 372.

(5) Fr. 1, § 11 D. 39,3: testo e interpolazioni danno le prove: Perozzi, *l. c.*, p. 352 sg.

(6) Fr. 2, § 9 *ib.* (interp.): « si modo non hoc animo fecit

c) Il proprietario del fondo superiore può essere costretto a tollerare che quello del fondo inferiore ripristini i ripari naturali allo scarico delle acque piovane tolti per fatto parimenti naturale, purchè tale ripristino giovi al fondo inferiore senza nocumento del superiore (1). Lo stesso dicasi se il proprietario del fondo inferiore vuole accedere sul superiore per fare opere dirette a impedire ostruzioni o ristagni a lui nocivi (2).

Sovratutto è notevole, che nel diritto classico il proprietario del fondo superiore può divertire l'acqua a suo piacere, farne l'uso che crede, privandone di conseguenza il proprietario del fondo inferiore, il quale non può lagnarsi, dal momento che quello dispone del proprio diritto e non invade punto l'altrui. Nel diritto giustinianeo invece l'interesse agricolo ha dettato norme meno esclusive (3). Ulpiano nega « l'actio aquae pluviae arcendae, si vicinus opus fecerat, ne aqua, quae alioquin decurrens agro

---

ut tibi noceat, sed ne sibi noceat ». Sebbene venga rilevato piuttosto il contegno soggettivo, che non l'elemento oggettivo, è da ritenere che la *mens legis* si appunti in questo, come resulta anche da altre interpolazioni analoghe. Cfr. nel fr. 1, § 11 cit. il principio: « prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur » (cfr. Perozzi, *l. c.*, p. 364 sgg.).

(1) Fr. 2. § 5 cit.: « qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est ».

(2) Fr. § 6 cit.: « sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus », parole che confermano l'interpolazione del § 5.

(3) La grande importanza dell'acqua per l'agricoltura doveva essere anche più apprezzata nelle provincie orientali, dove generalmente il prezioso elemento scarseggia.

meo proderat, huic prosit » (1). Sovratutto non si pone limite al diritto del proprietario di recidere nel proprio sottosuolo le vene d'acqua che alimentano la sorgente o il pozzo del vicino (2). Nel diritto giustinianeo anche questo punto è modificato (3).

360. Un limite indiretto alla pienezza del dominio si ha nell'obbligo del proprietario di un edificio, che minacci ruina, di prestare cauzione *de damno infecto* al proprietario del fondo minacciato, se vuole evitare che costui ottenga una *missio in possessionem* per decreto del pretore, intesa ad *extorquere cautionem*. Se nemmeno questo giova, il pretore con un secondo decreto concede una *missio* definitiva, che col decorso del tempo attribuisce al *missus* la proprietà dell'edificio (4). Il provvedimento viene a

(1) Fr. 1, § 21 D. *ib.* Cfr. fr. 26 D. 39, 2. Ancora la c. 10 C. 3, 34 di Diocleziano dice che, se non v'è servitù, «loco proprio facto opere, dominus fundi continere aquam et facere, quominus ager tuus rigari possit, non prohibetur».

(2) Fr. 21 D. *ib.* Pomponio non conosce altro provvedimento che la costituzione di una *servitus aquae non quaerendae:* cfr. fr. 21 cit.; fr. 15 pr. D. 8, 1; fr. 1, § 28 D. 43, 20. Cfr. fr. 24, § 12 D. 39, 2. V. Perozzi, *l. c.* p. 355.

(3) Nel fr. 1, § 12 ib. (interp.) si concede almeno l'azione di dolo, se la recisione delle vene acquee fu fatta *animo vicino nocendi* e non per miglioramento del proprio fondo.

(4) Tale è nella sostanza il regolamento pretorio. Sull'antico regolamento del rimedio civile corrispondente (arg. Gai., 4, 31. 32: sulla posizione ne' *libri sabiniani*, v. Lenel, *Sabinussyst.*, p. 71) disputano i moderni. Da una parte v. Burckhard, *Serie der Bücher 39-40* cit., II, p. 89 sg.; dall'altra Karlowa, *Röm. R. G.*, II, pag. 480 sgg.

costituire un limite del dominio solo *indiretto;* poichè l'estorcere una cauzione mediante *missio in possessionem* è cosa non insolita al pretore anche per ragioni, che non dipendono dall'esercizio del dominio.

361. Una limitazione del dominio può anche consistere in ciò che alcuno dei poteri, in cui si determina l'universale signoria del proprietario, viene trasferito totalmente o parzialmente in un terzo. Il trasferimento avviene più comunemente per atto giuridico o per aggiudicazione; qualche volta avviene per diretta disposizione di legge a favore di persone che si trovano in un rapporto speciale e determinato. Inoltre anche qui *può* verificarsi mercè il decorso del tempo la conversione del fatto in diritto. I Romani parlano di *iura in re* (*aliena*): tale locuzione prova appunto che sono diritti che spetterebbero al domino e che trasferiti in un terzo fungono come limiti del dominio. La *deductio*, per cui il proprietario trasferendo la proprietà può riserbarsi taluno di questi diritti, è una riprova opportuna del concetto stesso (1). Questi *iura in re* hanno del resto i caratteri generali delle limitazioni del dominio: consistono in un *pati* o in un *non facere* rispetto al dominio; anche di fronte ad essi si afferma l'elasticità del dominio. Le categorie di essi sono:

1.º Usufrutto (uso. abitazione, *operae*).
2.º Servitù prediali.
3.º Pegno e ipoteca.
4.º Enfiteusi e superficie.

---

(1) Altra riprova si ha dal principio affermato in *Vat. fr.*, § 83 e molti altri passi.

CAPO VI.

Usufrutto e diritti analoghi.

362. In qualche testo (1) l'usufrutto ed i diritti analoghi vengono designati come *servitutes personarum* e contrapposti così alla *servitutes praediorum*. Ma questa non è certo una terminologia costante e anzi per *servitutes* non sogliono intendersi che le prediali (2).

363. L'usufrutto è definito «ius utendi fruendi alienis rebus salva eorum substantia» (3): è il diritto separato o disgiunto (4) dalla proprietà e conferito ad un terzo di usare e fruire della cosa, rispettandone la sostanza (5). *Uti frui* sono due concetti che stanno insieme e s'integrano a vicenda:

---

(1) Probabilmente si tratta di testi alterati. Il fr. 1 Digesto 8, 1 è sospetto appunto nella voce *servitutes* con cui comincia.

(2) L'usufrutto è precisamente contrapposto alle *servitutes* nel fr. 9, § 7 D. 4, 2 e ne' §§ 2 e 3 I. 2, 2. Cfr. le rubriche in Iust. 2, 3-5 e ne' libri 7 e 8 de' Digesti.

(3) Fr. 1 D. 7, 1.

(4) Cfr. ad es. § 1 I. 2, 4

(5) Incerto è il senso di queste parole. Può essere che s'intenda dire che l'usufruttuario è tenuto a conservare la cosa; ma più verosimile è che si voglia escludere l'usufrutto dalle cose non suscettibili di uso ripetuto e insieme si voglia indicare che il diritto vien meno colla cosa. Sulla materia cfr. Glück, *Erl. der Pand.*, IX (in ital. con note di F. Serafini); Elvers, *Servitutenlehre*, p. 448 sgg.; Venezian, *Usufrutto*.

frui è il diritto di percepire i frutti che la cosa produce (1). *uti* implica ogni uso, di cui la cosa per le sue qualità e forze è suscettibile, ad eccezione della percezione de' frutti stessi. L'*uti* non può per altro mai arrivare alla distruzione della cosa: ciò è implicito nella stessa espressione romana (2).

364. L'usufrutto è forse una imitazione del diritto ellenico (3) e non fu introdotto in Roma che relativamente tardi (4). Esso serve a far avere ad uno, che non è proprietario, i mezzi di sussistenza che la proprietà di una cosa procura; il diritto è quindi strettamente personale e non può durare oltre la vita della persona investita (5). In origine l'usufrutto non veniva costituito che per atto di

---

(1) Forse fin dalle sue origini l'usufrutto comprese anche i c. d. *frutti civili:* cfr. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 538.

(2) Evidente è il contrapposto in Cicerone, *De leg.*, 1, 8: «pecudes esse partim ad *usum* hominis, partim ad *fructum*, partim *ad vescendum* procreatas»: cfr. Karlowa, *l. c.*, p. 539.

(3) Voigt, *Röm. R. G.*, I, p. 445.

(4) Il Voigt stabilisce come termine la fine del VI secolo. Da una parte l'usufrutto contrasta coll'antica concezione della *familia pecuniaque* (v. Karlowa, *l. c.*, p. 335 dove sono anche buone osservazioni sulle illazioni che si possono trarre dalla procedura); dall'altra lo stesso asindeto arcaico *ususfructus* e la testimonianza che nel VII secolo l'istituto era pienamente conosciuto riconducono verso quell'epoca.

(5) Fr. 35, § 1 D. 7, 1. Solo tardi fu ammessa la possibilità di un usufrutto a favore di un ente collettivo: la durata massima in tal caso fu limitata a 100 anni «quia is finis vitae longaevi hominis est»: cfr. fr. 56 D. 7, 1.

ultima volontà (legato): indi fu ammesso che si potesse costituire anche *inter vivos* sia per aggiudicazione (1), sia per *cessio in iure* (2). Si poteva dedurre nella *mancipatio* della cosa (come del resto anche nella *cessio in iure*) (3). Accanto a questi modi di diritto civile altri se ne dovettero riconoscere; così le *pactiones et stipulationes* (4) la *quasi traditio* (5). Questi rimangono (insieme al legato ed alla aggiudicazione) i soli modi possibili in diritto giustinianeo (6).

365. Siccome l'usufrutto è un diritto costituito riguardo ad una persona, così vien meno (se non c'è un termine anteriore) colla morte o colla *capitis deminutio* (7) di essa; siccome è un diritto di fruire della cosa (*ius in corpore*), vien meno se la cosa si estingue (giuridicamente) (8) o si muta in guisa da non servire più all'uso di prima (9). Come ogni al-

---

(1) *Fr. vat.*, § 47.

(2) Fatta dal proprietario: Gai., 2, 30.32.

(3) *Fr. vat.*, § 47, § 51 *in f.*

(4) Gai., 2, 31. Gaio non accenna che ai fondi provinciali e pel diritto antegiustinianeo non pare lecito pensare ad altre applicazioni; cfr. Perozzi, *Modi pretorii di acquisto*, § I in f. (p. 28 dell'estratto).

(5) Windscheid, *Pand.*, 1, § 212, n. 10. La quasi-tradizione dell'usufrutto e delle servitù pare innovazione giustinianea. Nel diritto classico la *tradizione della cosa*, su cui si doveva esercitare l'usufrutto, serviva almeno di fondamento all'*utilis publiciana*: cfr. Perozzi, *l. c.*, § II: v. però *ib.*, p. 48 sgg.

(6) § 1 I. 2, 4: fr. 32 D. 7, 1.

(7) Paul., *Sent.*, 3, 6, § 29. Giustiniano restringe la regola alla *c. dem. maxima* e alla *media*: c. 16 C. 3, 33: § 3 I. 2, 4.

(8) Fr. 2 D. 7, 1; fr. 10, §§ 5 sgg. D. 7, 4.

(9) Fr. 5, § 2 D. 7, 4; fr. 6 e sgg. *ib.*

tro *ius in re*, si estingue l'usufrutto, se all'usufruttuario perviene la proprietà (1). Si estingue in oltre per rinuncia (2) e *non utendo* (3).

366. Suscettibili di usufrutto sono tutte quelle cose mobili o immobili (4), che non siano consumabili. Queste ultime si ribellano ad un *uti frui salva substantia* e perciò non si possono considerare comprese nell'usufrutto, neppure se questo sia costituito su tutto il patrimonio (5). La pratica di lasciare l'usufrutto del patrimonio o di una quota di esso, favorita anche da disposizioni legislative (6), ha indotto però a trovare il modo di dare qualche valore ad una costituzione di usufrutto, che venisse a cadere su tali cose ed un senatoconsulto de' primi tempi dell'impero stabilì : « non.... ut ususfructus proprie esset, nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit » (7), ma che lo pseudo usufruttuario acquistasse la proprietà delle cose stesse (8), promettendo di restituire al termine *tantundem eiusdem generis* od una somma di denaro corrispondente. Le fonti parlano di *quasi-ususfruc-*

(1) *Consolidatio*, § 3 I. 2, 4.

(2) Circa alle forme v. Gai., 2, 30: fr. 4, § 12 Digesto 44, 4.

(3) I termini erano quelli della usucapione nel diritto classico; son quelli della *usucapio* pei mobili e della *longi t. pr.* per gli immobili nel diritto giustinianeo.

(4) Fr. 3, § 1 D. 7, 1.

(5) Cic., *Top.*, 3, § 17 : « non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et olearis plenis relictis, putare id ad se pertinere: usus enim non abusus (la facoltà di consumare) relictus est ».

(6) Ulp., 15, § 3.

(7) Fr. 2, § 1 D. 7, 5.

(8) Fr. 7 D. 7, 5.

tus; non fanno parola che di costituzione per mezzo di legato e pare quindi che questo rapporto (il quale del resto nulla ha che vedere coll'attuale trattazione dei limiti della proprietà) non possa per altra via costituirsi.

367. Circa alle cose che coll'uso si deteriorano può ammettersi un vero usufrutto, non tenendosi responsabile l'usufruttuario di quel deterioramento che è una necessaria conseguenza dell'uso (1). Può anche ammettersi che a loro riguardo siasi voluto costituire un rapporto della specie del *quasi-usufrutto*(2). Il dubbio dovrà di regola risolversi secondo la prima alternativa; la seconda sarà ammissibile solo di fronte a disposizioni di ultima volontà, in cui si manifesta l'intenzione di equiparare tali cose a quelle veramente e pienamente consumabili (3).

---

(1) V. sovratutto fr. 15, § 4. 5 D. 7, 1 e fr. 9, § 3 D. 7, 9.

(2) In § 2 I. 2, 4 si danno come esempii di oggetti di *quasi usufrutto:* « vinum oleum frumentum *vestimenta* ». La lezione è confermata dalla versione greca. Quindi non ha autorità la correzione proposta da Ihering ne' suoi *Jahrbücher*, XV, p. 406. Cfr. c. 25 C. 4, 32 per cui si sono notoriamente proposte correzioni: Kniep, *Praescr. und pactum,* p. 133.

(3) Ancora più alieno dalla presente trattazione è il *q. us. nominis.* Ammesso non senza contrasti, di cui siamo informati (fr. 3 D. 7, 5), esso consiste nel trasferire il credito allo pseudo-usufruttuario, che ne percepisce gli interessi e si obbliga a ritrasferirlo. Se lo stesso debitore fosse investito del diritto, ciò significherebbe che egli è dispensato dal pagare le *usurae* e può trattenere il capitale fino al termine del rapporto. Siamo rimandati a congetture nel caso che durante il rapporto di pseudo-usufrutto il debitore pagasse.

368. L'usufruttuario può nei limiti accennati *uti* e *frui*, tanto personalmente, quanto per mezzo de' suoi famigliari ; egli può anche cedere a terzi non il suo diritto (che è inseparabile dalla sua persona) ma l'esercizio del medesimo : può inoltre locare le cose, che sono oggetto del suo diritto (in quanto ciò non contrasti all'uso, cui sono destinate) e trarre così un nuovo provento. La locazione dell'*uti* ricade nel concetto del *frui* (1).

Circa al modo, con cui l'usufruttuario fa suoi i frutti, abbiamo già parlato. I suoi aventi causa percepiscono per volontà sua e questo fatto ne procura ad essi la proprietà (2). Dall'obbligo della *submissio* per l'usufruttuario di un gregge si è pure detto (3).

369. Il vero usufruttuario non può distruggere nè

---

(1) Fr. 15, § 5 e fr. 27, § 1 D. 7,1. Sul rapporto dell'usufruttuario col precedente conduttore v. fr. 59, § 1 *ib.* e *Vat. fr.*, § 44. L'esercizio dell'intero usufrutto può essere *venduto* (fr. 67 D. *ib.*). *restitutus iure fideicommissi* (fr. 29 D. 33, 2 ; ma allora con regole particolari), locato (fr. 66 D. 23, 3) o donato (si può arguire anche dalla vendita *nummo uno*). Il diritto stesso non può alienarsi : Gai., 2, 30 e fr. 66 cit. : « ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat ». Morto o *capite deminutus* l'usufruttuario, vien meno anche ogni diritto del suo avente causa.

(2) Il punto dogmaticamente non è così chiaro, come gli scrittori sogliono presupporre. Sull'acquisto dei c. d. frutti civili v. in particolare Gérardin nella *Nouvelle revue hist. de droit*, 1884, p. 612 sgg.

(3) Fr. 70, § 1 D. 7, 1 ; § 38 I. 2, 1. Sopra un'altra dottrina v. fr. 69 D. *ib.* e Czylarz, *Eigentumserwerbsarten*, I, p. 440 sgg.

deteriorare la cosa. Anche i miglioramenti non gli sono concessi che limitatamente; quei soli cioè, che non affettino la sostanza della cosa e non ne mutino la destinazione: e però sian tali da essere generalmente apprezzati. Non potrebbe fabbricare sopra un'area libera; non togliere un edificio per rifarlo migliore; anzi neppure ampliarlo elevarlo, cambiarne l'aspetto o la disposizione (1). Non potrebbe mutare un parco od un giardino in un orto od in un oliveto sebbene ne aumentasse il reddito (2). Anche il proprietario nulla può fare, che muti la sostanza o la destinazione o impedisca l'uso o il godimento da parte dell'usufruttuario (3).

370. Se l'usufruttuario si appropria in tutto o in parte la cosa, la distrugge o la danneggia con atti positivi e colpevoli, non c'è dubbio che sia tenuto a risponderne colle azioni di furto, *ex lege aquilia*, ecc. Dalla natura stessa del rapporto non scaturisce invece un rimedio pel caso che la rovina o il deterioramento provengano dall'incuria, dalle omissioni dell'usufruttuario (4) « vites non subserit, a-

(1) Fr. 13, §§ 4. 6. 7; fr, 44; fr. 61 D. 7, 1.

(2) Fr. 13, § 4 cit. Però in un latifondo potrebbe l'usufruttuario togliere in qualche parte alberi per migliorare la coltivazione, aprire e coltivare qualche miniera, purchè non noccia in genere all'agricoltura, poichè in tale ipotesi la destinazione complessiva del predio verrebbe a mutarsi Cfr. *ib.* § 5. V. Vangerow, *Pand.*, I, p. 736 sgg.

(3) Fr. 7, § 1; cfr. fr. 17 pr. D. 7, 1.

(4) Fr. 13, § 2 D. *ib.* Di altro avviso è il Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 539, ove però non si trova alcuna determinazione circa il rimedio che s'avrebbe dovuto usare: i fr. 7, §§ 2-3 e 9 pr D. *ib.* non danno prova alcuna: l'*arbiter* ivi citato è certo colui, al quale si rapporta l'*arbitratus boni viri* della *cautio*.

grum non proscindit, aquarum ductus corrumpi patitur». A tal uopo il pretore ha imposto una cauzione da prestarsi dall'usufruttuario al domino avente le due clausole: «usurum (se) boni viri arbitratu» e «restituturum quod extabit»(1). In forza della cauzione egli è tenuto per tutte le conseguenze della sua negligenza, e per le sue colpe positive si ha un'azione non temporanea, come sono invece varie nascenti da delitto, e trasmissibile anche passivamente.

371. Il proprietario non è tenuto a concedere la cosa in uso e godimento, finchè non gli fu prestata la cauzione: all'uopo può ribattere con una eccezione di dolo la confessoria; può anche rivendicare la cosa per errore consegnata prima di ricevere la cauzione ribattendo con una replica l'eccezione desunta dall'usufrutto (2).

372. Assai più limitato è il diritto di *usus* (3): «cui usus relictus est uti potest, frui non potest» (4) L'uso è molto più *personale*, poichè esso si differenzia molto secondo la diversità della persona che lo esercita: ragione per cui l'usuario non può cedere in verun modo l'esercizio del suo diritto; tanto più che

---

(1) La *cautio* fu proposta nell'Editto per l'usufrutto legato (Lenel, *Ed.*, p. 296).

(2) Nel diritto giustinianeo «et ipsa stipulatio condici poterit»: fr. 7 pr. D. 7, 9 (fr. 5, § 1 D. 7, 5). Su tale interpolazione v. Gradenwitz, *Interp.*, p. 28; Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 203. L'erede può esigere la *cautio* ancorchè il testatore l'abbia rimessa.

(3) Di più recente origine (contro: Puchta, *Inst.*, § 252) L'*usus* può essersi svolto dal più comprensivo *ususfructus*, come l'*iter* dal più complesso *itus actus:* Karlowa. *Röm. R. G.*, II, p. 510.

(4) Fr. 2 D. 7, 8.

in una simile cessione è implicito nel modo di vedere dei Romani un *frui* (1). Però si ammise (trattandosi specialmente di interpretazione di ultima volontà, non solendosi costituire l'*usus* che per via di legato) che l'usuario potesse servirsi insieme alla sua famiglia della cosa destinata; sovratutto che nella casa datagli in uso potesse abitare col coniuge(2) coi figli, coi servi nonchè coi liberti (3); e perfino ricevervi degli ospiti (4). Anche il diritto di consumare i frutti dell'orto o del fondo *limitatamente* ai bisogni dell'usuario e della famiglia sua fu a poco a poco riconosciuto. Non si può sostenere che egli faccia suoi i frutti neppure colla percezione (5); bensì viene esonerato dal rendiconto dei frutti in que' limiti consumati. Sui modi di costituzione e perdita dell'*usus* e sulla cauzione v. quanto si è detto per l'usufrutto.

373. Si disputa se sia possibile un diritto di *fructus* separato dall'*usus* (6). È indubitato che non è possibile il *frui* senza qualche *usus* della cosa, poi chè per *fruire* occorre seminare, coltivare, sorvegliare, raccogliere ecc., ciò che implica un *usus* della cosa. Tanto ciò è vero che, se in un testamento si parla di *fructus*, si suole intendere che il testatore

---

(1) Karlowa, *l. c.*, p. 541: Ihering, *Geist*, III, 1², pagina 335.

(2) V. fr. 4, § 1 D. 7, 8: fr. 5 *ib*.

(3) *Fuit quaestionis*: fr. 2, § 1 D. *ib*.

(4) § 2 I. 2, 5: fr. 7 D. *ib*.

(5) Vinnio, *Inst.*, II, 5. Sovratutto l'usuario non ha diritto di coltivare, di seminare, ecc. Circa ai limiti v. in ispecie fr. 10, § 4; fr. 12, § 2; fr. 15 pr. D. *ib*.

(6) Keller, *Ztschr. f. g. RW.*, XV, p. 133 sg. Vangerow, *Pand.*, § 348, n. 1.

abbia significato l'usufrutto: « fructus enim sine usu esse non potest » (1): o che si stima inutile un legato di *fructus deducto usu* (2). È però possibile che l'usufruttuario concorra nell'uso con un semplice usuario (3); come è pure possibile che il proprietario, il quale dopo avere concesso l'*usus* riserba quel limitato *ius utendi* che occorre pel *frui*, costituisca un *fructus* (4): questo *fructus* non è che un usufrutto a favore di taluno che nell'*usus* resta limitato a quello che occorre *fruendi causa* (fr. 42 pr. D. 7, 1) (5).

374. L'*habitatio* o le *opere* consistono nel diritto reale di abitare una casa o di approfittare delle opere di un servo (6). Tali diritti hanno la massima analogia con quelli ora studiati; ad essi è applicabile la *satisdatio;* sembra però che si costituiscano solo per via di legato (7). La loro natura fu molto controversa fra gli stessi giuristi romani (8). Pare che la dot-

---

(1) Paul., *Sent.*, 3, 6, § 24. fr. 14: § 1 D. 7, 8: « fructui et usus inest... fructus sine usu esse non potest, usus sine fructu potest ».

(2) Fr. 14, § 1 D. cit. L'equazione tra *fructus* e *ususfructus* è da Pomponio ivi spinta alle ultime conseguenze, come avverte Ulpiano che le restringe.

(3) Fr. 14, § 2 *ib.*

(4) Fr. 14, § 3 *ib.*

(5) Su questo *usus* v. fr. 10, § 4. 11. 12 *ib.* A simili casi si riferisce il fr. 5, § 2 D. 7, 9. Cfr. fr. 13, § 3 Digest. 46, 4.

(6) *Vel cuius alterius animalis*, dice il fr. 5, § 3 Digest. 7, 9.

(7) Giustiniano ammette la possibilità teorica di altre costituzioni § 5 I. 2, 5.

(8) Per l'*habitatio* v. c. 13 C. 3, 33: fr. 10, § 3 D. 7, 8: per le *operae* cfr. fr. 5 D. 7, 7 (donde parrebbe che

trina prevalente siasi determinata nel senso che qui il testatore non si prefigge la costituzione di un diritto generico, ma l'intento di procurare un dato vantaggio di fatto, avvicinandosi così tale categoria a quella del legato di alimenti. Donde l'importante conseguenza che questi diritti non si estinguono per la *deminutio capitis* (1) e neppure *non utendo* (2); che il titolare non ne può cedere gratuitamente l'esercizio, ma bensì dietro corrispettivo (3). Il legato delle *opere* era anche trasmissibile agli eredi del legatario (4).

Circa ad altre pretese figure più limitate di così dette servitù personali, diremo più avanti.

CAPO VII.

Servitù prediali.

375. Le servitù prediali consistono in ciò, che la proprietà di un fondo (serviente) è per atto giuridico od aggiudicazione limitata a favore della proprietà di un altro (dominante), sicchè questa riceve un in-

---

Giuliano ne facesse una semplice varietà dell'*usus*): fr. 1, § 9 D. 35, 2.

(1) Fr. 10 D. 4, 5; fr. 10 princ. D. 7, 8; fr. 2 D. 7, 7; fr. 2 D. 33, 2.

(2) Quasi vi fosse una periodica rinnovazione, come ne' legati annui (arg. fr. 10 D. 4, 5): fr. 10 pr. D. *ib.* e fr. 2 cit.

(3) Fr. 2 cit.: § 5 I. 2, 5.

(4) Fr. 2 cit.

cremento che la fa esorbitare dal suo immediato oggetto, quella una restrizione che la fa recedere dai suoi naturali confini. Tali servitù sono quindi una *qualità* vantaggiosa o svantaggiosa di un dominio e poichè il dominio si materializza nella cosa, sono *qualità* dei predii (1). Il concetto di *servitù* presuppone quindi quello di proprietà (2).

Il diritto romano non conosce un'idea astratta di servitù, che possa praticamente accogliere un vario contenuto, secondo la volontà delle parti. Esso non conosce che determinati tipi di servitù: pochi in origine, essi si aumentarono successivamente, spe-

---

(1) «Quid aliter sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas salubritas amplitudo?» fr. 86 D. 50, 16. Donde la locuzione *optimus maximus* per indicare il predio non affetto da servitù passive: fr. 59 D. 18, 1. Molto disputata è l'origine storica delle servitù prediali in Roma: Elvers, *o. c.*, p. 1 sgg., Voigt, *Ueber den Bestand und die hist. Entwickelung der Servituten*, 1874; *Die XII Tafeln*, II, p. 93 sgg., 345 sgg.; *Römische R. G.*, I, § 40: Brugi, *Traduzione ital. del libro VIII del Glück* nelle App.; Scialoja in *Bull. dell'Ist.*, III, p. 175 e l'*Oraz. di Demostene contro Callicle* (dagli *Atti della R. Acc. di Torino*, XXV). Da ultimo Lusignani, *Le orig. delle servitù prediali in diritto romano* (dagli *Studi e documenti di storia e diritto*, XIX).

(2) Da ciò deriva che, diventando *nullius* il fondo dominante, la servitù si estingue senz'altro: non così certa è la conseguenza pel caso che diventi *nullius* il fondo serviente, poichè allora sussiste il dominio che parzialmente affetta anche questo, ed è solo accidentalmente e momentaneamente che la servitù non funziona come limite. Non del tutto consente in questa dottrina il Fadda (*Scritti pel XXXV anno d'ins. di F. Serafini*, p. 67 sg.): cfr. sulla questione gli autori da lui citati.

cialmente per via della consuetudine controllata dalla osservazione dei giureconsulti (1). Questi tipi si subordinano tutti a quel concetto fondamentale, il che spiega i seguenti corollarii:

376 *a*) Non può consistere la servitù, se il fondo dominante e il seguente appartengono allo stesso proprietario (2). In tal caso infatti costui si vale del secondo predio a vantaggio del primo *iure dominii.*

b) La servitù deve rappresentare una utilità pel fondo dominante, non una utilità del proprietario come tale (3). Il rapporto tra' due fondi deve apparire anche esteriormente dalla loro vicinanza (4).

---

(1) Analogamente il diritto romano non conosce le figure generiche di contratto e delitto, ma tipi singoli dell'uno o dell'altro. Sull'argomento v. il libro del Perozzi, *Sulla struttura delle servitù pred. in d. r.*, 1888. Sul successivo affermarsi de' tipi di servitù v. il Voigt, *ll. cc.*; Karlowa, *r. RG.*, II, 492-533.

(2) Fr. 1 D. 8, 6, ecc.

(3) Fr. 8 D. 8, 1: «ut pomum decerpere liceat et ut coenare in alieno prossimus, servitus imponi non potest». Da ciò deriva pure che una servitù *calcis coquendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae* non può costituirsi che *restrittivamente* ai bisogni del fondo dominante (per le riparazioni, costruzioni da farsi in esso): «non ultra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit»: fr. 5, § 1 D. 8, 3. Una servitù di tagliar legna può essere costituita ad es. «ut pedamenta in vinea non desint»: fr. 6, § 1 *ib.*

(4) In origine è da credere che si esigesse proprio l'attiguità, data la quale, era meno arduo assorgere alla concezione di una proprietà che in parte influiva sull'altra e la limitava. Ne' giuristi classici si parla in genere di *vicinanza:* fr. 5, § 1 D. cit.

c) La servitù, come il dominio, di cui rappresenta un'estensione od un limite, è essenzialmente duratura. Quindi essa non può essere costituita *ad tempus*, come non lo potrebbe il dominio (1). Inoltre il bisogno del predio dominante, a cui si intende provvedere, deve avere pure carattere duraturo dipendente dalla oggettiva destinazione del predio medesimo ed il predio serviente deve essere tale da poter soddisfare in modo duraturo a tale bisogno (2). Donde anche la conseguenza che una *servitus aquaeductus* non può costituirsi, se l'acqua non si deriva *ex fonte* (de' fiumi privati) o *ex capite*, dove è certa la perennità dell'acqua, che può mancare durante il percorso (3).

d) «Servitutes dividi non possunt, nam eorum

---

(1) Pel diritto giustinianeo v. *supra*. Nel fr. 4 pr. Digest. 8, 1: «servitutes (ipso quidem iure) neque ex tempore neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem, verbi gratia *quamdiu volam*, constitui possunt, [sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti] idque, ecc.». Le parole poste fra parentesi sono malamente interpolate.

(2) Duraturo — s'intende — ne' limiti delle previsioni umane. *Omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent*: fr. 28 D. 8. 2. Contro la necessità del requisito della *perpetua causa* v. Perozzi, *Perpetua causa nelle serv. pred. rom.*, 1893 (dalla *Riv. It. per le sc. g.*, vol. XIV). Le osservazioni del Perozzi furono sottoposte a critica dal Ferrini, *Arch. giur.*, L, fasc. 3-4, i cui risultati trovarono adesione completa e autorevole da parte del Brugi, *Vers. it. del Glück*, vol. VIII nelle Appendici.

(3) Fr. 9 D. 8, 3. L'interpolazione in fine prova che su di ciò è mutato il diritto giustinianeo. Intorno a' fr. 1, § 1. 5, § 1 D. 8, 3; fr. 3, § 2 *ib.*; fr. 8, § 5. 7 D. 8, 5, v. il mio citato articolo, p. 12 sgg. dell'estratto.

usus ita conexus est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat (1). Ciò significa che in caso di condominio una servitù prediale attiva o passiva non può essere costituita che coll'intervento di tutti i soci (v. *supra*) (2) e che ove un fondo avente una servitù passi nel dominio di più proprietarii, « omnes partes (intellettuali) servitus sequitur et ita ut singuli recte agant ius sibi esse eundi » (3).

377. Si distinguono servitù de' predii rustici e de' predii urbani (4). Le fonti non danno il criteroi della distinzione; l'opinione prevalente è quella che il carattere debba desumersi da quello del fondo dominante; se questo è un edificio, la servitù è *praedii urbani*, altrimenti *praedii rustici* (5). Non

---

(1) Pompon., *Fragm. regul.*, § *un.* Longo, *Indivisibilitá delle servitù prediali.*

(2) « Per partes servitus imponi non potest sed nec adquiri » : fr. 6, § 1 D. 8, 4.

(3) Fr. 23, § 3 D. 8, 3. Infatti tutti i dominii, che s'incontrano sul fondo, partecipano della *qualitas* indicata. La servitù si mantiene a favore o a carico delle *singulae regiones*, in cui il predio venga poi diviso : fr. 23, § 3 cit.: fr. 6, § 1 D. 8, 6.

(4) Fr. 1 D. 8, 1: fr. 2 pr. D. 8, 3, ecc. Sul disputato argomento v. da ultimo C. Arnò, *Della distinzione fra servitù rustiche ed urbane*, 1895.

(5) Un argomento si desume da ciò che servitù ordinariamente urbane possono essere rustiche se costituite a favore di un predio rustico : fr. 2 pr. D. 8, 3. Il testo è però spiegato anche diversamente : Arnò, c. IX, § 67 sg. Questo scrittore nega affatto che la stessa servitù possa secondo i casi essere rustica od urbana : c. VII, §§ 43-55. Taluni scrittori hanno voluto trarre un criterio di differenziazione dalla natura del fondo servente ; l'unico appoggio si ha nel fr. 11, § 1 D. 6, 2, per cui sarebbe urbana una servitù « forte si per domum quis suam

mancano però molti, i quali sostengono che debba classificarsi una servitù, secondo il suo carattere astratto, secondo cioè che le servitù suppongano o no l'esistenza di edificii, almeno in potenza (1).

Le più antiche servitù rustiche sono quelle di acquedotto e le servitù di transito: *iter* (itus), *actus, via.* L'*actus* e la *via* comprendono anche l'*iter* e anzi questo si è probabilmente differenziato più tardi, staccandosi come diritto più limitato dall'*itus actus.* L'*iter* dà la facoltà di attraversare a piedi od a cavallo il fondo altrui pel servizio del proprio (2)· l'*actus* contiene anche il diritto di far passare *armenta* e *iumenta* e — se non vengono esclusi — anche veicoli (fr. 4, § 1 D. 8, 1), La *via* implica specialmente il diritto di costruire nel fondo serviente una vera e propria strada pel servizio degli animali e dei carri; la sua larghezza nelle XII ta-

---

passus est aquaeductum transducei ». Il frammento è però stato messo assieme affrettatamente dai compilatori (Perozzi, *Bull. dell'ist.*, VII, p. 57. *Modi pretorii di acquisto* c. II, n. 3 e 8), e sarebbe temerario trarne induzioni per lo stesso diritto giustinianeo. La *servitus stillicidii* è urbana, tanto se si tratti di *avertere stillicidium in tectum* quanto se in *aream vicini* (fr. 2 D. 8, 2: Gai., 2, 14). Lo stesso dicasi della *servitus fluminis*, § 1 I. 2, 2: cfr. fr. 20, § 6 D. 8, 2. Che viceversa un *ius itineris* sarebbe servitù rustica, tuttochè costituito attraverso ad un edificio (*per villam*), si arguisce dal fr. 9 D. 8, 1 e non a torto: Brugi, *Bull. dell'ist.*, II, p. 24; Arnò, *l. c.*, § 56 (p. 158).

(1) È questa la dottrina preferita dai romanisti francesi. Vi accede in sostanza l' Arnò, *o. c.*, pagina 220 sgg.

(2) Varrone, *de l. l.*, 5, 24 e 35: fr. 1 pr.: 7 pr.: 12 D. 8, 3.

vole fu stabilita di 8 piedi (16 nelle voltate). L'*aquaeductus* dà il diritto di derivare acqua *viva et perennis* (1) da una fontana o *caput* (2) e condurla attraverso all'altrui fondo al proprio. La conduttura può essere aperta (*rivus*) o sotterranea (*specus*); essa può consistere in un semplice canale scavato o può essere contenuta da opere in muratura. Nel *rivus* o nello *specus* possono anche porsi dei tubi (*fistulae*). Molto antica (3), sebbene non coeva alla *servitus aquaeductus*, è quella *aquaehaustus* consistente nel diritto di attingere l'acqua alla fontana altrui, ciò che implica l'*aditus ad fontem* (4) o al *caput*. Entrambe queste servitù presuppongono che l'acqua si possa derivare o attingere direttamente senza bisogno di macchine; non sono civilmente possibili dove a queste si debba ricorrere (fr. 2 D. 8, 4). Analoga è la *servitus pecoris ad aquam adpulsus*. Nel periodo imperiale sorgono numerosi tipi nuovi di servitù rustiche: « pecoris pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, silvae caedendae », ecc.

378. Le servitù urbane sono apparse posteriormente in Roma. La più antica fra esse è il *ius cloacae mittendae*, il diritto cioè di far passare pel fondo altrui i canali di scarico delle abitazioni, ordinariamente diretti nelle pubbliche fogne (5). Ciò

---

(1) Fr. 1, § 5, 6 D. 43, 20; fr. 1, § 4 D. 43, 22.

(2) Cfr. *supra*. *Caput* è il primo luogo dove si radunano le acque che stillano dalla terra senza uscirne con un getto copioso (*fons*). Un significato particolare ha *caput* per le acque derivate da fiumi o laghi pubblici: Karlowa, *r. RG.*, II, p. 503.

(3) Cic., *Pro Caec.*, 26, § 74.

(4) Fr. 3, § 3 D. 8, 3.

(5) Fr. 7 D. 8, 1; fr. 1, § 8 D. 43,23.

suppone non solo la facoltà di costruire e tenere detti canali, ma anche quella di ripararli e purgarli. L'uso invalso (di cui già per altre ragioni si è discorso) di fabbricare senza interstizii condusse a introdurre la *servitus tigni immittendi*, ossia il diritto di immettere e mantenere le travi che sostengono il proprio edificio in aperture praticate nei muri del vicino: non che la *servitus oneris ferendi*, per cui una parte dell'edificio dominante viene sostenuta da colonne e da muri del fondo serviente. Nonostante l'opposizione di alcuni giuristi (1). si ammise che il proprietario di questo dovesse mantenere in buono stata le colonne o il muro di sostegno (2), ove non preferisse abbandonare il suo predio. In sostanza si ha un rapporto ambulatorio di obbligazione, il quale accompagna la servitù (3) e la ragione per cui fu riconosciuto è abbastanza chiara. Sta bene che (come notava Aquilio) in tutti gli altri casi tocca al proprietario del predio dominante tenere in buono stato l'apparato che occorre all'esercizio della servitù; nel caso presente, se ciò fosse richiesto, egli gioverebbe di più al proprietario del fondo serviente (che verrebbe a risparmiare le riparazioni del suo edificio), che non a sè stesso.

379. Altre servitù urbane sono le seguenti. Il diritto di far sporgere balconi, gronde, ecc. sul fondo vicino (*proiecta* e *protecta* di cui le *subgrundae* [*subgrundia*] sono la specie principale); quello di

---

(1) Aq. Gallo: fr. 6, § 2 D. 8, 5: «non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur».

(2) *L. c.*: «aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est».

(3) Che si fa valere colla stessa confessoria.

lasciar cadere dai tetti l'acqua piovana o direttamente (*servitus stillicidii*) o raccolta in canali (*servitus fluminis*) sul fondo attiguo. Una importante categoria è quella degli *iura luminum*. La *servitus ne luminibus officiatur* importa che il vicino non possa con costruzioni o piantagioni togliere luce alle nostre finestre; quella *ne prospectui officiatur*, che egli in tal modo non possa ostacolarci la vista attualmente goduta.

In diritto romano non è vietato aprire finestre direttamente verso il fondo vicino, a meno che osti la *vetus forma aedificii* (1). Ove ostino la *forma* e lo *status*, non si può aprire finestra, se non acquistando una *servitus luminum* (2), come nel caso inverso può acquistarsi una *servitus luminibus officiendi* (3). Analogamente si spiegano il *ius altius tollendi*, *stillicidii non avertendi*, ecc. (4).

380. Le servitù possono essere costituite coll'aggiunta di un *modus;* p. es. «quo genere vehiculi

---

(1) Fr. 11 pr. D. 8, 2: c. 1 C. 3,34. Il divieto è rinnovato nella c. 12, § 1 C. 8,10. Secondo questa costituzione, che verosimilmente qui non fa che riassumere il diritto vigente, in tal caso è pur lecito aprire finestre di qualunque genere (di prospetto e di luce) se la casa vicina dista almeno 12 piedi; solo finestre lucifere, se dista almeno 10 piedi.

(2) Fr. 4 e 40 D. 8, 2. Cfr. Vitruvio, VI, 9, §§ 6-7; Karlowa, *o. c.*, II, p. 529.

(3) «Ius luminum opstruendorum» nella nota iscrizione pompejana: Overbek-Mau, *Pompeii*, p. 99.

(4) Meglio è pensare alla *vetustas* esplicitamente indicata nelle fonti, che non a presunte ordinanze locali (le quali non spiegherebbero neppure il modo, con cui la materia è accennata nelle nostre fonti), come ad es. il Dernburg, *Pand.*, I, § 224.

agatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur » (1); in quali giorni od ore la servitù possa esercitarsi (2) e in qual parte del fondo serviente(3); se e come possa esservi il diritto di riparare la strada, il sentiero, ecc. (4). Naturalmente il *modus* non può contraddire alla struttura tipica delle servitù. Nelle fonti giustinianee (5) si trova anche la frase « servitus servitutis esse non potest », che vorrebbe dire che il contenuto di un diritto di servitù non può dare materia ad un'altra servitù.

381. Si insegna spesso che il contenuto di una servitù prediale può essere trasfuso in un diritto reale concesso *ad personam*, analogo quindi all'usufrutto od all'uso: c. d. ***servitù irregolari***. Forse

---

(1) Fr. 1, § 1 D. 8, 1.

(2) Fr. 1, § 2 *ib.*; fr. 5, § 1 *ib.*; fr. 1, § 1 D. 43,20

(3) Fr. 6 D. 8, 1; fr. 13, § 3 D. 8, 3; fr. 21 *ib.*

(4) Fr. 3, § 14 D. 43, 16.

(5) Nel fr. 1 D. 33, 2 la frase « quia servitus servitutis esse non potest » è a mio avviso semplicemente interpolatizia; prescindendo da gravi considerazioni da altri espresse, avverto solo che per essa viene spezzata la conseguenza del discorso. Il prof. Perozzi (*Bull. dell'ist.*, VI, 1 sgg.; cfr. Scialoia nello stesso fascicolo) vorrebbe emendare *fructus servitutis* in accordo alla dizione del fr. 33, § 1 D. 8, 3. Il quale passo è del resto riconosciuto da molti interpolato, in quanto ammette che il titolare di una servitù di acquedotto possa cedere l'*haustus ex rivo* ai domini dei fondi, che attraversa. Ciò implica pel diritto classico un mucchio di assurdità, cominciando da quella di un *haustus non ex capite*. Così è interpolato in fine il fr. 2 D. 43, 21. L'esistenza nel diritto classico della regola accennata e le sue applicazioni sono sostenute in un'elegante scrittura del prof. Buonamici, *Ultima lezione di Pandette*, Pisa 1898.

ciò è vero per diritto giustinianeo (1), dove del resto il problema perde molto della sua importanza, dal momento che in esso si ammette l'efficacia almeno indiretta della limitazione *ad tempus* dalle servitù prediali. Nel diritto classico era appena possibile creare una obbligazione (trasmissibile solo agli eredi del debitore) (2), per cui il domino del fondo si impegnasse a lasciare godere ad un terzo alcuni vantaggi di esso. Nel caso poi di vantaggi, in cui si esaurisce quasi l'utilità del fondo (*ius pascendi* in un prato, *ius cretae eximendae* in una cava), poteva anche scorgersi sotto questa designazione un diritto di usufrutto.

382. Le servitù prediali possono costituirsi *mortis causa* per mezzo di legato; *inter vivos* anzitutto per aggiudicazione. Inoltre per diritto classico le servitù possono costituirsi per *cessio in iure:* le rustiche anche per *mancipatio:* tutte possono poi essere *deductae* nella *mancipatio* (3). Pei fondi provinciali era ammessa la costituzione per via di semplice convenzione (4): questo diventa il modo or-

---

(1) Fr. 14, § 3 D. 34, 1 *interpolato in fine.*

(2) Fr. 4, D. 8, 3.

(3) Volendosi attribuire in tal modo una servitù attiva al vicino, occorre manciparglì il fondo, perchè lo remancipi *deducta servitute.* Nel diritto giustinianeo è ammessa la *deductio* nella tradizione: fr. 3 D. fr. 6 pr. D. 8, 4 (*interp.*)

(4) Perozzi, *Modi pretorii d'acquisto delle servitù* (dalla *Riv. It. delle sc. giur.*, XXIII, 1), § I. Tale convenzione era un *pactum*; poteva essere anche una *stipulatio* in quanto implicasse un *pactum*. Ha ragione il Perozzi ove nega la necessità del cumulo e interpreta in tal senso Gai., 2, 31. Non credo però che in via di fatto si possa escludere che il cumulo fosse usato: il patto comprendeva la costi-

dinario *inter vivos* pel diritto giustinianeo (1). Questo conosce anche una *quasi-traditio* in materia di servitù; essa consiste nel permettere l'esercizio di quella facoltà, che costituisce il contenuto della servitù relativa (2): una tale *quasi-traditio* secondo la commune opinione avrebbe avuto riconoscimento da parte dei giuristi classici dell'ultimo periodo (3) ed una tutela da parte del pretore (fr. 1, § 2 D. 8. 3). Vi ha però chi crede che si tratti di una innovazione giustinianea con una serie conseguente di interpolazioni (4).

383. Siamo all'oscuro circa la *lex Scribonia*, che « eam usucapionem sustulit... quae servitutem constituebat » (5). Nel diritto giustinianeo una servitù può acquistarsi per l'esercizio continuato per dieci o vent'anni, purchè in modo non vizioso *nec vi nec clam nec precario* di fronte al domino del fondo serviente. Non si esige all'uopo nè giusta causa nè buona fede (6). È da ritenere che tale modo di

---

tuzione ed il *modus*, la *stipulatio* in aggiunta una penalità fissa per l'inosservanza. Tale è il testimonio della parafrasi greca delle Ist. II. 3, § 4, a cui non saprei negare valore.

(1) § 4 I. 2, 3.

(2) Negano la possibilità di una *traditio*: Gai., 2, 28; Labeone, fr. 20 D. 8,1; Pomponio, fr. 3, § 2 D. 19, 1 Molti altri testi cita Perozzi, *l. c.*, § II, p. 29 sg.

(3) Un precursore sarebbe Giavoleno: fr. 20 cit.

(4) Perozzi, *l. c.*, p. 30-50. Io sono propenso ad accettare questa tesi; faccio però riserva su alcuni punti della dimostrazione.

(5) Fr. 4, § 28 (29) D. 41,3.

(6) Fr. 10 pr. D. 8, 5. Questo modo di acquisto delle servitù fu negato dall'Ascoli, *Arch. giur.*, vol. XXXVIII, p. 24 sg. Il Perozzi, *Modi pretorii*, § III cerca di dimo-

acquisto si venisse ammettendo dopo che fu riconosciuta l'efficacia acquisitiva della *l. t. pr.* per mezzo di costituzioni imperiali (1).

384. Il diritto romano non ammette che una servitù si costituisca per destinazione del padre di famiglia (2). Almeno è certo che per diritto classico

---

strare che esso è una innovazione del diritto giustinianeo.

(1) A cui allude chiaramente il papiro par. n. 99 riferito da Wilcken, *Philologus*, LIII, p. 81 sg. (τὴν νομὴν κυρίαν εἶναι). Cfr. Mitteis in *Hermes*, XXX, p. 612. Che si tratti di innovazione giustinianea, non parmi. I bizantini non avrebbero omesso di esigere la *bona fides.* Se a noi mancano notizie sul modo, con cui fu riconosciuto questo modo di acquisto per le servitù, ciò non ha grande significato dal momento che ci consta che quanto operò in questa materia la legislazione imperiale sovratutto sulla fine del II e sul principio del III secolo, per noi è quasi totalmente perduto. Cfr. fr. 28 D. 8, 2; fr. 10 cit.; fr. 5, § 3 D. 43,19; c. 2 C. 3,34. Ciò non toglie che in qualche brano (fr. 1, § 23 D. 39, 3) sia da ammettere una interpolazione, nel senso che i compilatori mirano a far rientrare in questa figura della *l. t. pr.* anche la *vetustas.* La *vetustas* si ha, quando in materia di acque o di situazione rispettiva degli edifizii vige da tempo immemorabile un determinato stato di fatto. Questo stato di fatto non crea una vera servitù, ma si tutela *quasi servitus*, parificandosi alla *natura loci*, che non si può mutare a danno del predio, a cui tale stato di fatto giova, senza acquistare una vera servitù attiva in senso contrario. Cfr. c. 1 C. 3, 34 e *supra*; fr. 3, § 4 D. 43,20; fr. 26 D. 39,3, ecc.

(2) Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia*, 1886; Riccobono, *La destinazione del padre di famiglia*, 1896 (dalla *Riv. It. delle sc. giur.*). Non riuscita è la dimostrazione del contrario al Sala Contarini, *La dest. del padre di fam.*, 1895.

non è riconosciuta la costituzione tacita di una servitù, nè all'uopo vale lo stato di servizio dei predii mantenuto dal proprietario (1). Il diritto giustinianeo, per cui una servitù può sempre costituirsi *inter vivos* mediante una semplice *pactio*, che può aver luogo anche mercè il contegno concludente delle parti e per cui è lecito interpretare i legati secondo la *voluntas*, comunque indagata e comunque trascendente la parola del testatore, in parecchie decisioni, che però sono ben lungi dal costituire una dottrina coerente ed organica, non è del tutto alieno da quel concetto (2). Il quale ben risponde insomma alla *volontà presunta*, con cui i bizantini operano largamente.

385. Le servitù si estinguono se perisce il fondo serviente o il fondo dominante. Però esse aderiscono al *solum* e non alla *superficies*: quindi una servitù costituita a pro di una vigna (per es. di togliere i pali dal predio vicino) rimane *sublatis vineis* e giova alle nuove vigne che vi si ripongano (fr. 13, pr. D. 8, 3); la servitù di stillicidio permane « si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur » (fr. 20, § 2

---

(1) Un forte argomento si trae dalle necessità imprescindibile di ricostituire *ex novo* la servitù estintasi momentaneamente per confusione: fr. 30 pr. D. 8, 2; fr. 9 D. 8, 4; fr. 18 D. 8, 1; fr. 70, § 1. 116, § 4 D. 30.

(2) V. le interpolazioni in fr. 15, § 1 D. 33, 2: « secundum voluntatem defuncti... ut haec forma in agris servetur quae vivo testatore optinuerit »; il fr. 41 D. 8, 2 *in fine*; in fr. 20 pr. D. 8, 5 (cancellato il *non* avanti a *deberi*) e § 1 *ibid.* V. Riccobono, *l. c.*, p. 21, 23, 25, 26, 35. Frammenti genuini rimasero: fr. 27, § 5 D. 33,7; fr. 1 D. 33,3, ecc.

D. 8, 2): se l'edificio serviente viene temporaneamente legato, non si perde perciò solo la *servitu tigni immittendi* (fr. 18, § 2 D. 8, 6). Alla distruzione deve parificarsi il fatto, per cui il predio viene sottratto al dominio umano (1). Se i due predii pervengono nel dominio dello stesso proprietario la servitù si estingue per *confusio* (v. sopra).

La rinuncia del titolare era pienamente valida nel diritto classico, se rivestiva le forme solenni (*cessio in iure, mancipatio*); altrimenti poteva tutt'al più dar vita ad una eccezione di dolo (o di patto) (2). Questo solo modo di rinuncia è possibile nel diritto giustinianeo.

Le servitù si estinguono pure *non utendo* in due anni pel diritto classico (3), in 10 o 20 (giusta la consueta distinzione) per diritto giustinianeo (4). Il *non usus* per le servitù urbane si computa dal giorno, in cui il proprietario del fondo gravato ha fatto atto contrario al contenuto della servitù (5).

386. A tutela dei diritti di usufrutto e simili e di quelli di servitù prediali sta l'azione confessoria: essa mira a far riconoscere il diritto o la servitù (6) e può intentarsi anche da chi essendo di fatto nel

---

(1) Circa l'*iter ad sepulcrum* cfr. Karlowa, *R. RG.*, II, p. 500 sg.

(2) Arg. fr. 4, § 12 D. 44,4.

(3) Paul., *Sent.*, 1,17, §§ 1. 2.

(4) c. 13 C. 3,34.

(5) Cfr. sovratutto Gaio, fr. 6 D. 8, 2, che parla di un *usucapere libertatem*. Anche Paolo, fr. 4, § 28 (29) D. 41, 3 discorre della *usucapio* «quae libertatem praestat sublata servitute».

(6) «Si paret A.° ius esse utendi fruendi fundo Corneliano»: «eundi per f. C.».

godimento e nell'esercizio delle relative utilità vuo far cessare le turbative (1). La restituzione qui consiste oltre che nell'eventuale rilascio della cosa o nell'eventuale ripristino delle opere nelle *cautio de amplius non turbando* (2). Qui pure ha luogo la *cautio iudicatum solvi* (3). Dove il diritto non consisteva *iure civili*, ma *tuitione praetoris*, si aveva un'azione analoga alla publiciana; detta appunto *confessoria utilis* (4) o *publiciana* (5). Questa azione del resto, come quella data al conduttore di *ager vectigalis* (indi all'enfiteuta) ed al superficiario (6), dovette essere in *factum concepta* (7); di finzione di compiuta usucapione qui non poteva essere parola.

387. A tali azioni si accompagna la tutela interdittale. L'usufruttuario ha gli interdetti *uti possidetis* e *unde vi* utilmente applicati per la manutenzione o il ricupero della detenzione della cosa (8). Inoltre colui, che *nec vi nec clam nec precario* ha esercitato almeno per trenta giorni diversi in un anno il contenuto di una servitù di passo e viene impedito, ha per rimuovere l'ostacolo l'*interdictum*

---

(1) Fr. 5, § 6 D. 7, 6; fr. 4, § 5. 10, § 1 D. 8, 5.

(2) Fr. 5, § 6 D. cit.; fr. 7 D. 8, 5.

(3) Non prestandosi la quale, si trasferisce l'esercizio delle relative utilità (quasi possesso) nell'attore, che prima era presso il convenuto. Valgono all'uopo gli interdetti *Quem usufructum* e *Quam servitutem*: *Fragm. vat.*, § 93; Paul., *Sent.* 5, 6 §§ 8*b*, 8*c*.

(4) Fr. 10 pr. D. 8, 5.

(5) Fr. 11, § 1 D. 6,2: testo interpolato.

(6) Fr. 16 D. 8, 1; fr. 3, § 3 D. 39,1.

(7) Appleton, *o. c.*, vol. I, n. 49 sgg.

(8) *Vat. fr.*, §§ 90. 91.

de itinere (actu) privato (1). Viceversa per rimuovere gli ostacoli alla riparazione del transito, occorre provare e il diritto e l'esercizio di esso (*interdictum de itenere reficiendo*) (2). Colui, che ha derivato l'acqua attraverso il fondo altrui *nec vi nec clam nec precario* in *buona fede*, purchè l'abbia fatto almeno una volta nell'anno trascorso (3). ha l'*interdictum de aqua cottidiana* (*aestiva*, ecc.) per mantenersi nell'esercizio di tale utilità e l'*interdictum de rivis* (4) per rimuovere gli ostacoli alla riparazione della conduttura.

Colla semplice prova dell'esistenza del canale si può rimuovere gl'impedimenti alla ripulitura o riparazione delle fogne (*interdictum de cloacis*: fr. 1, pr. D. 43, 23); i motivi di pubblica igiene qui sono prevalenti al punto, che neppure si ammette l'eccezione che l'attore sia *vi, clam aut precario* nell'esercizio della cloaca: fr. 1, § 7 D. 43, 23. E per vero chi intende purgare o riparare una fogna non pregiudica nulla e arreca un beneficio a tutti (5).

---

(1) Fr. 1 pr. 2 D. 43, 19. Sulla *via* v. Karlowa, *r. Rechtsg*, II, p. 500.

(2) Fr. 3, § 11. 13 D. *ibid.*

(3) Fr. 1, § 22 D. 43, 20; V. ib. i §§ 10.19.39. Circa la *aqua aestiva* (o *hiberna*) v. Karlowa, *o. c.*, p. 509 sgg.

(4) Dig. 43. 21. Per l'esercizio corrispondente alla servitù *aquae haustus* abbiamo i relativi interdetti *de fonte* e *de fonte reficiendo* (Dig. 43, 22).

(5) Ne' Digesti è conservato il solo *interdictum prohibitorium*. Sull'*int. restitutorium* v. Karlowa, *o. c.*, II, p. 515 sgg.

CAPO VIII.

SUPERFICIE ED ENFITEUSI

388. L'istituto della *superficies* è sorto anzitutto nel diritto pubblico; i privati ottegono per esso la concessione di edificare sul suolo pubblico, di godere per sè o trasmettere *inter vivos* e *mortis causa* il godimento dell'edificio coll'onere della prestazione di un annuo canone (*solarium*) (1). Questo uso è praticato dallo Stato (l. c.) e dalla *civitates* (2) ed indi è passato nel diritto privato (3).

Il pretore ha accordato al superficiario contro i terzi un interdetto speciale (*de superficie*) analogo all'interdetto *uti possidetis*: anche l'interdetto *unde vi* gli fu concesso o almeno accomodato (4). Un'azione analoga alla *rei vindicatio* gli venne pure accordata, *causa cognita* (5). Il superficiario ha un

---

(1) Cfr. Degenkolb, *Ztschr. f. R. G.*, IV, p. 487; Pernice, *Parerga*, II, p. 90. Cfr. l'importante iscrizione della casa (superficiaria) del custode della colonna Antonina: *Corp. inscr. l.*, VI, n. 1585; fr. 2, § 16 D. 43,8. Esempio in fr. 32 D. 18,1. Un significato più largo ha *superficies* nell'iscrizione di Henchir Mettich, IV, 10.15.

(2) Pozzuoli: concessione a M. Lelio Atimeto: *C. I. L.*, X, n. 1783: cfr. Degenkolb, *l. c.*, p. 474 sg.

(3) Dig. 43,18. V. Degenkolb, *Platzrecht und Miethe* (1867); Wächter, *Platzrecht*; A. Schmidt, *Ztschr. d. S. S. R. A.*, XI, p. 121 sg.

(4) Fr. 1 pr. D. *h. t.*; fr. 1, § 5 D. 43,16.

(5) Fr. 1, § 3 D. *h. t.*, fr. 73, § 1 e fr. 75 D. 6, 1: *utilis publiciana*, fr. 12, § 3 D. 6, 2, *exc.* contro la rivendica del proprietario fr. 1, § 4 D. *h. t.*

ius (fr. 32 D. 18, 1) *in solo alieno* (fr. 74 D. 6, 1: fr. 2 D. *h. t.*); questo *ius* lo abilita alle alienazioni (fr. 12, § 3 D. 6, 2: fr. 1, § 7 D. *h. t.*): alla costituzione di uso od usufrutto sull'edificio, di servitù (fr. 1, § 6, 9 *h. t.*), di ipoteche (fr. 16, § 2 D. 13, 7). La disputa fra i moderni concerne sopratutto il punto di sapere se l'istituto passando nel diritto privato abbia conservato i tratti caratteristici che aveva nel pubblico o siasi venuto modificando con prevalenza del rapporto locatizio. L'obbligo al pagamento del *solarium* a mio avviso assume carattere personale, pur restando ambulatorio (1). Del resto è un contratto di locazione che fonda il rapporto (fr. 1, pr. fr. 2 D. *h. t.*): l'obbligo della *pensio* è correlativo al godimento della *superficies* (fr. 39, § 2 D. 39, 2) ed è da credere che il superficiario decadesse come qualsiasi conduttore per arretrato di canone (2).

389. Un diritto reale (3) si era venuto riconoscendo nel periodo classico anche al conduttore (4) di *agri vectigales* ossia di fondi di *municipes* (Gai., l. c.) e di alcuni collegi sacerdotali (5), che veni-

(1) Il carattere ambulatorio è tanto più notevole in quanto che il nuovo acquirente non ha bisogno di essere riconosciuto dal proprietario. Cfr. Pernice, *o. c.*, p. 92 sg., che però pensa ad un onere reale. Che il *solarium* sia del resto essenziale alla *superficies*, mi pare certo (contro l'opinione di taluni moderni). E parmi che risulti pure dal fr. 74 D, 6, 1: « superficiario... idest qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem praestet ».

(2) Di altra opinione è il Wächter, p. 89 sg.

(3) *Ius colendi,* iscriz. di Henchir, IV, 13.

(4) Taluni preferivano discorrere di compravendita: Gai., 3, 145.

(5) Hygin., p 116 sg. In fr. 31 D. 20,1 *dominus* è interpolato per *municipes*.

vano locati in perpetuo (con trasmissibilità ereditaria), *quamdiu vectigal praestetur*. Tali conduttori acquistavano i frutti colla separazione (fr. 25, § 1 D. 22. 1), avevano gli interdetti possessori (cfr. sopra) ed un'azione *in factum* avente funzione rivendicatoria (1).

Fu pure ammesso che il conduttore potesse legare il suo *ius* (2); che lo potesse costituire in usufrutto e in pegno, ossia che potesse nei limiti della sua facoltà di disporre dare in usufrutto o in pegno il fondo (3). Pare che anche le alienazioni *inter vivos* (tutt'al più con cautele indicate nel contratto) fossero lecite (4). Nel periodo cristiano il diritto del *conductor* degli *agri vectigales* si identifica con quello dell'enfiteuta, ossia di chi assumeva in conduzione perpetua verso modico annuo canone i fondi imperiali incolti per coltivarli (5). L'uso dei principi fu poi imitato da altri grandi proprietari (6).

390. L'imperatore Zenone decide che il contratto enfiteutico (7) è una figura *sui generis*, che non

---

(1) Lenel, *E. P.*, p. 147 Cfr. Segré, *vers. it. del Glück*, VI, § 600, dove però è inaccettabile la ricostruzione del l'Editto.

(2) Fr. 39, § 5: fr. 71, § 5 D. 30.

(3) Fr. 1 pr. D. 7. 4: fr. 16, § 2 D. 13,7.

(4) Arg. fr. 3, § 4 D. 27, 9 cfr. Pernice, *Parerga*, II, p. 88 sg.

(5) Un rapporto molto affine di colonia parziaria si offre ne' latifondi imperiali d'Africa: Édouard Cuq, *Colonat partiaire*, p. 23.

(6) Il Codice Teodosiano ancora non conosce siffatte convenzioni che pei fondi imperiali: Pernice, *o. c.*, II, pagina 85.

(7) Unico tipo omai riconosciuto (Beaudouin, *Nouvelle*

cade sotto il tipo della locazione nè sotto quello della vendita: non si ammette veruna remissione di canone per scarsità o mancanza di prodotto o anche per parziale perimento del fondo (1). Il rapporto (salvo clausola contraria) s'intende costituito a perpetuità. Già negli *agri vectigales* e nelle enfiteusi dei predii imperiali era usuale la *lex commissoria*, per cui la proprietà tornava libera al dominio, ove il canone non fosse stato pagato per più anni consecutivi (due o tre, secondo che veniva di volta in volta stabilito) (2). Ciò fu poi imitato nelle enfiteusi private (3). Con Giustiniano questo diritto di devoluzione (in cui si manifesta ancora l'energia del dominio quasi soffocato da un così intenso *ius in re*) diventa un elemento naturale del rapporto e si esplica, ove l'enfiteuta sia in arretrato con tre annate di canone o con tre annate di imposta (per cui deve presentare certificato di pagamento al domino) (4).

Revue hist. de dr., 1898, p. 371). Donde le interpolazioni in D. 6, 3 e fr. 15, § 1 D. 2, 8; Savigny, *Besitz*, p. 117; Lenel, *Ed.*, p. 146. Si ammette generalmente che l'enfiteusi possa costituirsi per atto di ultima volontà. Sulla questione ardua e dibattuta circa la prescrizione acquisitiva deil enfiteusi cfr. le note del Segré al lib. VI, § 609 del Glück (ed. it. VI, p. 512 sgg.)

(1) c. 1 C, 4, 66. Circa agli *agri vectigales*, v. Pernice, *o. c.*, p. 86.

(2) Cuq, *o. c.*, p. 26; c. 5 C. Th. 3, 29: c. 16 e 18 C. Th. 5, 13. Cfr. fr. 31 D. 20, 1.

(3) Arg. c. 2 pr. C. 4, 66: Pernice, *o. c.*, p. 87.

(4) c. 2 § 1 C. 4, 66. Per le enfiteusi ecclesiastiche sono fissati due anni. La caducità si incorre parimenti dall'enfiteuta che deteriori il fondo o che non osservi le norme in caso di alienazione. La *caducità* nel diritto nuovo o-

In caso di alienazione l'enfiteuta deve darne notifica al proprietario, il quale ha il diritto di prelazione o quello di percepire a titolo di riconoscimento (laudemio) il 2 % del prezzo (1).

391. L'enfiteuta può agire liberamente sul fondo, purchè non lo deteriori (2) ; può acquistare servitù a favore del fondo, concederlo in usufrutto od in subenfiteusi od in ipoteca (3) ; non è provato che possa gravare il fondo di servitù prediali (4). Può trasmettere *mortis causa* o *inter vivos* il suo diritto ad altri, sia a titolo gratuito, sia a titolo oneroso. L'acquirente subentra negli obblighi dell'enfiteuta, compreso quello di pagare le rate di canone arretrate.

---

pera *ipso iure* : è nell'arbitrio del domino il farla valere; ma nel caso che egli ciò faccia, gli effetti datano dal momento, in cui si è verificata la causa. Cfr. Segrè, *Pel XXXV anno d'ins. di F. Serafini*, p. 306 sgg.

(1) c. 3 C. 4, 66.

(2) Nov. 7, 3, § 2; 120, 1, § 2 e c. 8.

(3) V. *supra* pegli *agri vectigales*.

(4) V. la disputa di Glück, lib. VI, § 603 e le note del Segrè nella versione italiana. L'esercizio di tale facoltà si risolverebbe in un deterioramento del fondo.

CAPO IX.

Pegno e ipoteca.

392. Un *ius in re aliena* si presenta anche nel pegno e nell'ipoteca. Tali istituti non ottengono riconoscimento pieno in Roma avanti il primo secolo dell'impero (1).

---

(1) Herzen, *Origine de l'hypothèque*, p. 167-291. Nel complesso mi sembrano accettabili i resultati di questo scrittore, sebbene non possa convenire in tutti i dettagii della sua dimostrazione. Il *pignus*, che compare nell'antica *legis actio per pignoris capionem,* è la cosa che il creditore di suo arbitrio si prende fra quelle appartenenti al debitore (come può fare nei casi determinati dalla legge per soddisfarsi direttamente con tal cosa del suo credito; tutt'al più resta al debitore entro un breve termine il diritto di *reluere pignus*, il che implica che il creditore possa altrimenti tenere per sè la cosa, ancorchè il suo valore superasse quello del credito). In tale funzione compare il pegno in molti diritti antichi, di regola in seguito a clausole generiche inserite nei contratti: cfr. Mitteis, *Reichsrecht,* p. 401 sgg. Anche fuori del campo dell'applicazione di questa *legis actio* troviamo il *pignus* nella età repubblicana; ma sempre in funzione analoga. Ed anzitutto i *pignora*, che si prendono dall' autorità pubblica, sono cose del cittadino disubbidiente che vengono prese e distrutte: si tratta dunque di ciò che nel caso di mancato adempimento di un dovere, si passa ad una diretta esecuzione sui suoi averi. Del resto cfr. Dion., 6, 29: Liv., 2, 24 § 6. Nel *foedus latinum* (Festo, v. *Nancitor* M.) «si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto», il *pignus* appare sempre in quel significato. Nulla di strano che in certi casi si indicasse la cosa, su cui il creditore

Nel secondo secolo il nome di *hypotheca* si comincia ad adoperare; quello di *pignus* si continua

---

insoddisfatto potesse esperire le sue ragioni (Plaut., *Pseud.*, 1, 1, 85 sq.: Cecilio in Fest. v. *reluere*). Così vanno interpretati anche i formularii catoniani *de r. r.*, cc. 146. 149. 150. Cfr. c. 146: «quae in fundo inlata erunt pignori sunto: ne quid eorum deportato; si quid deportaverit, domini esto». Il che significa che in tal caso il locatore può impadronirsene, sebbene non sia giunta la scadenza o non sia comprovato un debito del *conductor operis*. In queste applicazioni probabilmente non c'era un fondamento legale; il debitore aveva la convenienza a rinunciare alla rivendica per non esporsi alla esecuzione personale.

Sulla funzione della *fiducia* quale garanzia reale v. Ascoli, *Origini dell'ipoteca*, c. 1; Herzen, *l. c.*, p. 62 sgg.; Jacquelin, *fiducia*, p. 205 sg. Sui *praedia subsignata* a garanzia dei debiti verso lo Stato cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 26 sgg.; Ascoli, *o. c.*, c. 3 p. 32 sgg.; Iourdan, *L'hypothèque*, p. 52 sgg. Secondo Ascoli e Iourdan la *subsignatio* sarebbe stata la vera origine storica dell'ipoteca: come molti altri istituti del diritto privato romano, essa sarebbe sorta prima e si sarebbe sviluppata nel diritto pubblico. È certo che sulla fine della repubblica la *subsignatio* creava un vero diritto reale; Cic., *de leg. agr.*; 3, 2, § 7-9, mentre non toglieva il possesso e il godimento al privato. Non è quindi da escludere che questa figura abbia potuto esercitare una influenza sulla futura ipoteca, sebbene la diretta genesi storica di questa appaia diversa.

A mio avviso il punto di partenza è l'indicazione convenzionale della cosa, su cui il creditore non soddisfatto potrà esperire le sue pretese, trattandola per estorcere il pagamento o, se gli è concesso, alienandola e soddisfacendosi sul prezzo. Ove si trattassse di cose mobili, queste venivano preventivamente consegnate allo stesso creditore, che s'impegnava a restituirle qualora alla sca-

però ad usare in senso lato, comprendendovi entrambe le figure. « Inter pignus et hypothecam

---

denza fosse debitamente pagato: tale misura era suggerita dalla più elementare prudenza quando non si conosceva un *droit de suite* sulla cosa pignorata. Questa consegna non era necessaria nè spediente per l'affittuario, il quale a garanzia de' suoi obblighi designava gli oggetti da lui introdotti nella casa e nel fondo del locatore. Qui bastò concedere al locatore il diritto di impedire che i mobili pignorati fossero asportati dall'appartamento (*perclusio*) fino a completo soddisfacimento od il rimedio di farsi consegnare gli oggetti che il colono avesse asportato dal fondo (*interdictum salvianum*). Il *ius in re* nacque il giorno, in cui il pretore diede nell'ultimo caso al locatore il diritto di perseguire gli oggetti destinati a garanzia (*invecta et illata*) anche nelle mani dei terzi (*actio serviana*). Più tardi uguale rimedio fu concesso a qualsiasi creditore pignoratizio (*actio quasi serviana*). Labeone conosce certo l'interdetto salviano (arg. fr. 14 D. 20,6); ma non sembra conoscere l'azione quasi serviana (fr. 3 D. 13, 7): il fr. 35 D. 20, 1 si riferiva alla *fiducia*. Circa la data v. Herzen, *o. c.*, p. 167 sgg.; Kuntze, *zur Gesch. der r. R.*, I, 26 sg. Nonostante il nome, è quindi da ritenere che poco influisse l'ipoteca greca sull'omonima istituzione romana, che del resto non ha assunto tale appellazione che relativamente tardi. L'ipoteca greca o non permette l'alienazione dei beni obbligati, ovvero si trasferisce sul prezzo ricavato, ma non segue la cosa: Hitzig, *das griech. Pfandrecht,* p. 93. p. 108 sgg. 111 sgg. Inoltre nel sistema greco la cosa ipotecata rappresenta il credito e l'ipoteca consiste in una eventuale *datio in solutum*: Hitzig, *o. c.*, p. 96: l'esperimento del diritto ipotecario implica perdita del credito. La resistenza del diritto romano contro la ripetuta tendenza a far sopportare al creditore i rischi della cosa pignorata è per me caratteristica: Hofmann, *Beiträge*, p. 113 sgg. Un passo veramente significante del diritto romano fu l'elaborazione del diritto di

tantum nominis sonus differt », dice Marciano. fr. 5, § 1 D. 20, 1; ma Ulpiano avverte: « proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem »: fr. 9, § 2 D. 13, 7. Senza dunque distinguere fra immobili e mobili, si parla di *pignus* in senso stretto se la cosa è data in garanzia in modo che il creditore ne abbia il possesso in attesa della scadenza; di *hypotheca* negli altri casi.

L'ipoteca non implica dunque trasposizione di possesso; può quindi costituirsi anche su cose già pignorate; può costituirsi anche in generale su tutto un patrimonio, comprendendovi anche gli acquisti futuri (ipoteca generale).

393. Costituito un pegno, il creditore può sempre e da chiunque richiamare il possesso della cosa; costituita una ipoteca, egli può richiamarlo solo alla scadenza, se non è stato soddisfatto, per procedere alla vendita al fine di soddisfarsi sul prezzo. Qui però sull'esempio romano si parlerà di pegno, qualunque volta si tratti di norme comuni ai due istituti. Essenziale nell'uno e nell'altro caso si è che a limitazione del dominio è trasferita ad un terzo l'eventuale facoltà di alienazione; il domino non ne è privato, se non quando sia venuto il momento, in cui il creditore può e vuole esercitarla.

---

vendita del creditore pignoratizio sostituito alla forma più rozza del soddisfacimento immediato, quale era nel vecchio *pignus* o alla forma più impacciata di una mora facoltà di ritenzione allo scopo di estorcere il pagamento. Il *pactum de vendendo* insegnò la via; tale soluzione divenne essenziale. Invece è da deplorare la mancanza di pubblicità del sistema ipotecario romano ed è da deplorare che siasi colla *quasi serviana* esteso in generale ai mobili il concetto di ipoteca.

394. Il pegno si costituisce:

a) per mezzo di negozio giuridico, che può essere una *conventio* (1) od un legato (fedecommesso) (2): in ambo i casi il costituente deve avere *in bonis* la cosa (3). È però lecito costituire in pegno una cosa pel caso che se ne divenga proprietario (4);

b) per mezzo di apprensione in base a ordinanza del pretore o del giudice si costituisce il pegno (in senso stretto) pretorio o giudiziale (5);

c) per disposizione di legge sorge direttamente ipoteca (6) speciale o generale sia a favore di de-

---

(1) Fr. 1 pr. D. 13,7, ecc.

(2) Fr. 12 D. 34, 1, ecc.

(3) La costituzione in pegno (in senso stretto) di ***res*** *aliena* produce qualche effetto (attribuisce possesso e relativa tutela al creditore pignoratizio); ma non il diritto generale di ricupero e meno ancora il *ius distrahendi*.

(4) Fr. 16, § 7 D. 20,1. In tal guisa può un creditore ipotecare la cosa, di cui può chiedere la prestazione; può ipotecarsi la messe futura e l'ipoteca generale comprende anche gli acquisti futuri (v. *supra*). Dopo varie titubanze (ancora Africano, fr. 9, § 3 D. 20,4) si ammise in genere che si convalidasse il pegno, qualora il costituente acquistasse più tardi il dominio della cosa: fr. 41 D. 13,7 in princ. Però non si ammise, se non nel diritto giustinianeo (fr. 22 D. 20, 1 interp.), che si convalidasse il pegno pel fatto che il proprietario fosse diventato erede del costituente: fr. 41 cit. Nell'una e nell'altra ipotesi la convalidazione non si ammette che ove il creditore pignoratizio sia in buona fede.

(5) Cod. 8, 21 (22) e 8, 22 (23).

(6) Si parla di *hypotheca* o di ***pignus***, che *tacite contrahitur*: D. 20, 2. In sostanza ciò vuol dire che tale effetto scaturisce *ope iuris* e si ha per un *naturale negotii*.

terminati crediti (1), sia a favore di determinati creditori (2). Le ipoteche tacite generali sono quasi tutte di tarda origine e sono uno dei più gravi sintomi della decadenza del diritto romano.

395. Perchè siavi pegno occorre che siavi un credito di garentire: può bastare anche un credito naturale. Si può del resto garantire non solo un credito a termine, ma anche un credito condizionale, anche un credito futuro (3). Il pegno si estende di sua natura a tutti gli accessorii del credito (fr. 8, § 5 D. 13, 7); anzi si arriva a concedere una eccezione di dolo al creditore pignoratizio che voglia trattenere il pegno, nonostante il pagamento del

---

(1) Credito del locatore del predio urbano garantito dalla mobiglia dell'inquilino (fr. 4 pr. D. 20, 2); il locatore ha ipoteca sui frutti del predio rustico locato (fr. 7 pr. *ib.*: quando siano colla percezione passati in dominio del colono). In ambo i casi la via fu segnata da clausole convenzionali, non ignote anche al diritto ellenico: *Corp. inscr. att.*, II, n. 1055 e tavola di Eraclea in *Corp. inscr. gr.*, n. 5774 (tav. I, l. 108 sgg.). Anche chi fornisce i denari per ricostruire un edificio ha su di esso ipoteca legale: «pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii mutuam dedit»; fr. 1 § 1 D. cit.

(2) Crediti del fisco per contratti e imposte: *de iure fisci*, § 5: dei pupilli e curandi sui beni dei loro tutori o curatori (c. 1 C. Th. 3. 30; c. 1 C. 4, 53: c. 7, § 5*a* C. 5 70); della moglie per la dote sui beni del marito (§ 29 I. 4, 6) o de' legatarii sui beni ereditarii (c. 1 § 2 C. 6, 43).

(3) Per tutto questo v. fr. 5 pr. D. 20,1. Se ciò corrisponde alla volontà delle delle parti, l'ipoteca prende nell'ultimo caso dalla sua costituzione, non dal verificarsi del credito: fr. 1 pr. fr. 9 pr. D. 20,4; cfr. Dernburg, *Pand.*, 1, § 274.

credito garantito, se lo stesso debitore ha verso di lui altri debiti non garantiti (1).

396. Nel suo svolgimento il diritto di pegno si estende nell'applicazione oggettiva: « quod emptionem veditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest »: fr. 9, § 1 D. 20, 1. Il domino può anche stabilire un'ipoteca sopra un usufrutto (2) od una servitù prediale rustica da costituirsi (3), nel senso che invece di attribuire al creditore l'eventuale potere di alienazione, attribuisce il potere (pure insito nel dominio) di costituire sulla cosa tali diritti verso corrispettivo. Anche il titolare di un usufrutto può pignorarne l'esercizio (4). Il superficiario e l'enfiteuta, come possono alienare il proprio diritto, possono anche ipotecarlo. Si è finalmente ammesso il *pignus nominis* (di un credito) e il *pignus pignoris*. Il primo dà facoltà di esigere il credito, di tenere in pagamento la prestazione, se essa corrisponde a quanto era pur dovuto al creditore pignoratizio; altrimenti la cosa prestata resta presso di lui *pignoris loco* (5). È pur lecito al creditore pignoratizio di vendere il credito pignorato in luogo di esigerlo (6). Se il *nomen* dato in ipoteca ha a

---

(1) c. 1 § 2 C. 8, 26 (27).

(2) Fr. 11, § 2 D. 20, 1.

(3) Pomponio è disposto ad ammetter ciò per le servitù di passaggio e di acquedotto. Naturalmente il creditore non potrà costituire tali servitù che a vantaggio di chi abbia il fondo vicino (fr. 12 D. cit.). Per le servitù urbane ciò è esplicitamente escluso: fr. 11, § 3 *ib.*

(4) Colui, al quale l'esercizio viene concesso, è difeso da un'eccezione contro il domino: fr. 11, § 2 cit.

(5) Fr. 18 pr. D. 13, 7. Viceversa il debitore è difeso contro il pignorante.

(6) Questa parmi la più naturale interpretazione della c. 7 C. 4, 39.

sua volta garanzie reali, il creditore ipotecario potrà valersi anche di questa. Invece il titolare del *pignus pignoris* non può far valere che la pura garanzia reale (1). In queste ultime applicazioni sfuma il concetto di *diritto reale;* questo rimane però proprio delle applicazioni ordinarie e fondamentali.

397. Effetto del pegno è il diritto di richiamare a sè la cosa da qualsiasi possessore (almeno alla scadenza del credito non soddisfatto, se trattasi di ipoteca). All'uopo vale l'azione serviana e la quasi serviana (2). Contro tali azioni si possono opporre varie eccezioni, di cui noteremo le principali,

398. L'eccezione di escussione ha luogo quando il creditore abbia a garanzia del suo credito tanto

---

(1) Fr. 13, § 2 D. 20, 1. Tutto quanto concerne questo punto è però oscuro: Windscheid, *Pand.*, 1, § 239, nota 14.

(2) L'interdetto salviano poteva esperirsi contro lo stesso colono: « de rebus... quas is pro mercedibus fundi futuras pepigisset » (Gai., 4, 147): c. 1 C. 8, 9 (dove *debitoremve* è interpolato; nè prova in contrario Paul., *Sent.*, 5, 6, 16). Però nel diritto giustinianeo la distiuzione tende a cancellarsi; cfr. il fr. 1, § 1 D. 43, 33, che in origine si riferiva all'azione serviana e da' compilatori fu messo sotto la rubrica *de salviano interdicto*: Lenel, *Ztschr. der S. St. R. A.*, III, p. 140 sgg. La parafrasi greca della Ist., IV, 15, § 3 conserva l'antica e buona tradizione (tolta dagli indici greci di Gaio) e vi sovrappone senz'amalgama il principio nuovo: v. anche Herzen, *Origine de l'hyp.*, p. 148 sgg. Utile per la storia delle questioni (sebbene non pervenga a risultati accettabili) è lo studio del Bertolini, *Arch. giur.*, XXXIX, p. 62 sgg. Sulla importanza dell'*int. salv.*, nel diritto giustinianeo v. Lenel, *l. c.*

un'ipoteca generale quanto una speciale per costringerlo a valersi prima di quest'ultima e tornare alla prima, solo ove questa siasi manifestata insufficiente (1). In diritto giustinianeo poi il terzo detentore può costringere il creditore ad escutere il debitore personale ed i mallevadori prima di far valere a suo carico la garanzia reale (2). Una eccezione di altra natura può opporre il detentore che abbia una ipoteca preferibile a quella dell'attore. La poziorità dell'ipoteca è ordinariamente determinata dalla data della sua costituzione (3) (per quella legale dalla nascita del credito, a cui si riferisce); qualche volta dal favore pel credito o pel creditore (4). L'eccezione è « si non convenit, ut res N.º

---

(1) c. 2 C. 8, 13 (14).

(2) Nov. 4, c. 2.

(3) Fr. 3 (4) C. 8,17 (18); « si fundum pignori accepisti antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure ».

(4) « Potior est... causa tributorum »: c. 1 C. 4, 46. Razionale è la poziorità dell'ipoteca concessa a favore di chi ha fornito i mezzi per la riparazione della cosa sulla cosa stessa (« posterior potior est priore »: fr. 5 D. 20, 4), poichè egli ha conservato anche l'oggetto del diritto altrui. Deplorevoli sono invece altre preferenze del diritto nuovo, come quella per l'ipoteca che sta a garanzia della dote sui beni del marito: « potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati »: c. 12, § 4 C. 8,17 (18). Non può dirsi una vera eccezione la cost. di Leone, per cui è preposto chi ha un pegno o ipoteca resultante da atto pubblico « etiamsi posterior dies... contineatur », a chi vanta un'ipoteca resultante da mero atto privato, che non porti almeno « probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones ». Poichè qui è questione di data certa.

fuerit obligata »: elidibile colla replica « aut si res A.° antea fuerit obligata » (1).

Si ricordi poi che il creditore pignoratizio può valersi degli interdetti possessorii e che in base alla convenzione costitutiva può esperire l'azione contraria pignoratizia contro il costituente (v. anche avanti nelle obbligazioni).

399. La semplice facoltà di richiamare il possesso della cosa pignorata non sarebbe di giovamento decisivo al creditore, se non si accompagnassero altre facoltà che in origine dovevano essere esplicitamente pattuite. Tali clausole erano:

a) che la cosa pignorata cadesse alla scadenza in proprietà del creditore insoddisfatto (2);

b) che invece in tale ipotesi il creditore potesse alienare la cosa e pagarsi sul prezzo. Tale clausola si ritiene fosse necessaria ancora nel principio del

---

(1) Fr. 12 pr. D. 20,4.

(2) Esempii romani genuini di questa clausola non si trovano; sul formulario di Catone (*de r. r.*, 146, 2) *v. supra*; i passi ciceroniani addotti dal Pernice, *Parerga*, II, p. 134, n. 4 si riferiscono all'ipoteca greca. La clausola commissoria era appunto comune nel diritto greco (Mitteis *Reichsrecht*, p. 441) ed è contro l'uso greco delle provincie orientali che si volge la costituzione di Costantino, c. 3 C. 8,34 (35), la quale condanna nel modo più energico e dichiara nulla la clausola commissoria in questa materia. Siccome l'imperatore colpisce anche le convenzioni anteriori e concede perfino ai debitori che avessero così perduto la propria cosa il diritto di riscatto, è da ritenere che il divieto fosse già esistente e si trattasse solo di riaffermarlo contro i rinascenti usi peregrini, che lo avevano ottenebrato. Pel divieto della *lex commissoria* nel periodo classico sta a mio avviso il modo, con cui si esprime Marciano, fr. 16, § 9 D. 20, 1.

secondo secolo dell'impero (1). Essa non lo è più sulla fine del periodo classico, in quanto che ormai il *ius distrahendi* pareva una naturale conseguenza del pegno (2), ove non fosse esplicitamente escluso (3). Giustiniano anche nel caso di esplicita rinunzia ammette il *ius distrahendi*, che diventa così un elemento essenziale (4).

400. Il *ius distrahendi* spetta al creditore pignoratizio che sia *potior iure* (5); esso può esercitarlo come crede (purchè lealmente), sia vendendo all'asta, sia vendendo privatamente. Non può vendere a sè stesso (6); solo in base a ordinanza imperiale, che diventa definitiva in capo a un certo termine (fissato da Giustiniano in due anni), entro cui rimane

---

(1) Il più forte argomento si deduce dal fr. 74 (73) Digesto 47,2 di Giavoleno. Anche Gaio (2,64) opera col concetto della *pactio*.

(2) Ulp., fr. 4 D. 13,7; Paul., *Sent.*, 2, 5, § 1. Ciò non toglie che le clausole si continuassero ad apporre non senza utilità, poichè altrimenti si esigevano tre denuncie al debitore *ut pignus luat:* Paolo, *l. c.*, e libro siro-romano ed. Bruns, pp. 28, 145. Cfr. fr. 3 D. 20,3; c. 4 C. 4, 24.

(3) Ulp., fr. 4 cit.; c. 7 C. 8,27 (28).

(4) Egli riferisce a questo solo caso la necessità della triplice denunzia: *interp.* in fr. 4 cit. *in fine.* Il diritto giustinianeo è chiaramente esposto in Stefano e Cirillo *Basil.*, IV, p. 33.

(5) Fr. 1 D. 20,5; c. 8 C. 8, 17 (18).

(6) A meno che la convenzione dicesse che alla scadenza il creditore possa tenersi la cosa per un prezzo da determinarsi in quest'epoca da periti (*tunc aestimandum*), giacchè allora abbiamo (secondo l'opinione proculiana che poi prevalse) una vera compravendita condizionale: fr. 16, § 9 D. 20,1 (che sussiste allato al credito e non ha quindi la natura della *lex commissoria*).

al debitore il diritto di riscatto, può ottenere che la cosa gli venga aggiudicata (*impetratio dominii*) (1), previa stima del suo valore. Nel diritto giustinianeo poi, se la convenzione nulla contiene circa i modi e i termini della vendita, questa deve farsi solo « post biennium, ex quo attestatio missa est (2) vel sententia prolata est, numerandum » (3). Il creditore è il vero alienante e però a lui incombe l'obbligo della consegna (4): deve rispondere del suo titolo e della sua poziorità, non però della evizione che dipenda da altre cause (5), « nisi nominatim hoc repromissum.... fuerit ». Sarà però in ogni caso tenuto a cedere la sua *contraria actio pigneraticia* al compratore evitto (fr. 23 D. 21,2) (6).

Se il creditore riceve un prezzo superiore al credito, deve rifondere l'eccedenza (*hyperocha*) al debitore, che lo può astringere colla diretta *actio pigneraticia:* ovvero al creditore pignoratizio inferiore di rango (7).

---

(1) c. 1-3 C. 8, 33 (34); fr. 5, § 3 D. 27, 9; fr. 63, § 4 D. 41, 1. Il presupposto è che non si trovi il compratore c. 3, § 3 cit.

(2) Nel caso che la vendita fosse vietata nella convenzione il termine decorrerà solo dalla terza denuncia.

(3) c. 3, § 1 cit.

(4) O almeno della cessione delle azioni, fr. 13 Digesto 20,5.

(5) c. 1 C. 8,45 (46).

(6) È all'esperimento di tale azione (*utilis*, cioè col consenso scambio dei soggetti), che va riferito il passo di Trifonino: fr. 12, § 1 D. 20, 5. Ermogeniano (almeno nella ipotesi di *pignus captum iudicati causa* e venduto a mezzo dell'*officium*) dà addirittura l'*actio empti* (non all'*id quod interest*, ma al prezzo e interessi) contro il debitore: fr. 74, § 1 D. 21,2.

(7) Fr. 12, § 5 D. 20, 4. All'uopo costui può farsi ce

401. Il pegno si estingue se l'obbligazione principale viene soddisfatta o novata o condonata (fr. 6 pr. D. 20,6) (1). Se essa si estingue solo parzialmente, il pegno rimane integro tuttavia (2). Nè si diminuisce o scinde il pegno pel motivo che a causa di successione si rifrange secondo le quote ereditarie l'obbligazione principale (3). Si estingue inoltre per cause proprie il pegno per la perdita della cosa (4), o per la confusione nella stessa persona delle qualità di proprietario e di creditore pignoratizio (5): per la vendita della cosa fatta debitamente dal creditore (6), per la rinunzia del creditore (7), per prescrizione (8).

---

dere dal costituente l'azione pignoratizia diretta. Il terzo possessore dell'immobile ipotecato può prima di pagare esigere la cessione del *ius nominis* (fr. 19 D. 20,4) e accessorii.

(1) Non si estingue colla *litis contestatio* dell'obbligazione principale.

(2) c. 6 C. 8, 27 (28).

(3) c. 1 e 2 C. 8, 31 (32).

(4) Fr. 8 pr. D. 20,6.

(5) Fr. 30, § 1 D. 44, 2.

(6) La vendita fatta dal creditore *potior* estingue anche le ipoteche successive gravanti sulla cosa: c. 6 C. 8, 17 (18).

(7) Tit. Cod. 8,25 (26).

(8) c. 7, § 1 C. 7, 39: c. 3 e c. 8 pr. § 1 *ibid.* Se la cosa è rimasta nelle mani del debitore o suoi eredi, la prescrizione si compie in 40 anni. È da ritenere che ciò valesse, *purchè* l'azione personale non fosse estinta (per esserne stata interrotta la prescrizione). Non è però tale l'opinione generale, per cui l'*ipoteca* sopravvive in questo caso all'obbligazione garantita. Il terzo possessore può per *longum tempus* prescrivere a proprio favore (fr. 5, § 1

402. In alcuni casi al posto della ipoteca che si estingue subentra un'altra ipoteca. Colui, che dà il denaro per pagare un creditore ipotecario e si fa costituire ipoteca sulla cosa (1), subentra con questa ipoteca nel rango di quella estinta. Il creditore ipotecario di rango inferiore ha il diritto di pagare quello di rango superiore, subentrando colla sua ipoteca nel grado occupato da questo *non solo per la somma pagata, ma anche pel suo credito anteriore.*

Questo *ius offerendae pecuniae* non spetta naturalmente a chi è mero creditore chirografario (Paul. 2, 13, § 8): costui come qualsiasi estraneo che paghi un creditore ipotecario può ottenere ipoteca solo per la somma pagata (2).

Nel caso, che il compratore della cosa ipotecata abbia soddisfatto col prezzo il creditore o i creditori *potiores* sono rese vane tutte le successive ipoteche rispetto alla cosa medesima.

D. 44,3: c. 7, § 1 e 14 C. 4, 10), se ha giusta causa ed è in buona fede. Nel diritto nuovo in trent'anni il possessore di buona fede acquista la libertà.

(1) «Non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata, neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore»; fr. 3 D. 20.3. Non bisogna intendere troppo letteralmente il *succedere in ius pignoris*: tale è l'apparenza; in realtà è una ipoteca che si colloca al posto di un'altra.

(2) »Prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit»; Paul., *l. c.* Ciò può di rado e solo per ragioni eccezionali convenire al *creditor prior*. Può essere ad es. che questi non voglia perdere un buono e sicuro impiego di denaro in forza dell'esercizio del *ius offerendi* da parte del *secundus*.

LIBRO III.

TEORIA DEI RAPPORTI OBBLIGATORII

CAPO I.

Nozione dell'obbligazione. Principali classificazioni.

403. « Obligatio est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei », dice una definizione presa probabilmente dalle Istituzioni di Fiorentino (1). L'obbligazione non è dunque un rapporto giuridico, per cui si acquisti direttamente il dominio od un *ius in re:* « sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum » (2). Si crea dunque una necessità perchè taluno dia o faccia a favor nostro (3). Mentre nel

---

(1) Pr. I. 3, 13: Ferrini, *Fonti delle ist.*, p. 30 (160).

(2) Fr. 3 pr. D. 44,7.

(3) Qui sono evitate le discussioni storiche intorno al primitivo carattere del *nexum* (Brinz nella *Ztschr. f. d. Privatr. u. öff. Rt.*, I, p. 21), i suoi possibili rapporti coll'antico concetto germanico di obbligazione illustrato dal v. Amira nel suo *Nordgermanisches Obligationsrecht* e dal Puntschardt (Paolo), *Schuldvertrag und Treugelöbniss* Non si nega che possa scaturirne luce per l'intelligenza

sistema giuridico romano niuno è in via generale tenuto ad operare per altri e basta che non rechi offesa, per l'obbligazione l'altrui cooperazione ad un dato nostro scopo ci viene assicurata dal diritto, che tiene taluno responsabile del suo mancamento. Costui è ordinariamente lo stesso, dal quale la cooperazione (prestazione) è attesa: colui, insomma, che ha il dovere di prestare (debitore). Poichè la prestazione è un fatto umano, non è possibile la sua diretta estorsione; il diritto procura al creditore *sui mezzi patrimoniali* del debitore in caso di inadempimento un adeguato vantaggio. Questo è il sostitutivo più prossimo, che si possa escogitare della prestazione mancata ed è insieme una indiretta costrizione a prestare.

404. Troppo sottili indagini mirano ad escludere il concetto di *prestazione* dalla definizione della *obligatio* (1). L'importante e l'essenziale (ovunque l'opera personale del debitore non sia l'unico modo di soddisfacimento conforme all'intenzione) non è che il debitore presti; è che il creditore abbia quel vantaggio. È per sè indifferente che ciò avvenga per atto del debitore o per atto di un terzo. Altrimenti come si spiegherebbe l'esecuzione forzata diretta (in quanto essa è possibile in diritto nuovo)? Come si spie-

---

dell'*obligatio* romana (v. Schwind, *Gött. gel. Anzeigen*, 1897, p. 116 sgg.; Pacchioni, *Studii in onore di F. Schupfer*, vol. I, p. 203-214); ma non è ancora sì sicura la base perchè in un trattato generale vi si possa edificare. Tuttavia quello di più certo che si può dedurre da tali comparazioni è accennato nel testo.

(1) In un senso Brinz, *l. c.*, p. 11-40; in un altro Schott, *Der obl. Vertrag unter Abw.*, § 2 (p. 45 sgg.); Hartmann *Obligation*, p. 32 sgg.

gherebbe il perdurare dei crediti su un patrimonio vacante, ripudiato anche dal fisco? (1). Come si spiegherebbe la rifrazione del debito negli eredi del debitore, mentre l'*azione umana* (prestazione) per sè non è suscettibile di scomposizione?

405. Questi fatti non si negano: ma si nega che essi tolgano significato a ciò che, dove vi ha un interesse di uno, un altro venga (sia pure indirettamente) astretto ad operare per soddisfarlo, ove non sia per altro modo soddisfatto. Un diritto che si fonda sulla libertà individuale, come il romano, non può riconoscere tale obbligazione a prestare, che quale deviazione dalla regola comune, fondata su ragioni particolari. Donde la conseguenza che chi afferma l'esistenza di una obbligazione a suo favore deve provarla e che nel dubbio si ammette la minima obbligazione, ossia solo quanto è provato. Scende pure dallo stesso principio la conseguenza che ognuno può prestare (purchè la persona non abbia influenza sulla entità della prestazione), liberando il debitore. E infatti la obbligazione ha funzione di mezzo; tale mezzo non ha ragione di mantenersi ove l'interesse venga altrimenti soddisfatto; ma è caratteristico per la natura dell'obbligazione che si possa per raggiungere tale soddisfazione compellere taluno a prestare (2). Come poi l'obbligazione si distingua dalle altre figure di diritti soggettivi privati, si è detto nella prima parte.

406. *Obligatio* si dice tanto il rapporto nella sua totalità complessiva, quanto il diritto positivo di

---

(1) Bekker, *Aktionen*, II, p. 126.

(2) È questo il punto felicemente rilevato dai Romani e non abbastanza considerato dallo Hatmann, *l. c.*, p. 35 sgg.

chi può domandare la prestazione o il negativo di chi la deve compiere (1). L'obbligazione ha per suo oggetto immediato la prestazione nel senso che quello che anzitutto può pretendere il creditore è che si esplichi l'opera del debitore nel procurargli un bene determinato: questo bene o vantaggio. che mercè la prestazione viene apportato al creditore, è quello che non di raro si designa come oggetto dell'obbligazione: (2) si può considerare come oggetto mediato, secondario. Le possibili varietà della prestazione sono nel citato fr, 3 pr. D. 44,7 comprese nelle categorie di *dare, facere* e *praestare* (3). *Dare* propriamente significa trasferire la proprietà di una cosa (o altro diritto reale) al creditore (4): *facere* qualunque altra prestazione, positiva o negativa, compresa la trasmissione del possesso (5). Anzi leg-

---

(1) *Creditor* o *creditum: debitor* o *debitum* (fr. 10. 11. 12 pr. D. 50, 16: fr. 3 D. 10,2: fr. 1 D. 16,2: *creditor* aveva in origine un significato più ristretto (fr. 5, § 3 D. 44, 7). La partecipazione al vincolo obbligatorio si designa anche colla parola *reus* («reus stipulandi e promittendi»: cfr. *reus voti*).

(2) «Id quod debetur», ecc.

(3) Cfr. *Ed. praet.* in fr. 37 pr. D. 38,1: «dare facere praestare debeto»: Gai., 4,2: «cum intendimus: dare facere praestare oportere». *Lex Rubria*, c. 22: «dare facere praestare restituereve oportere aut se debere». Qui il *restituere* si riferisce alle formole arbitrarie, come risulta dal contesto, e ad esse si riferisce il *debere*; mentre l'*oportere* si rapporta al consueto «dare f. p.».

(4) Ad es. fr. 2, § 1 D. 45,1.

(5) Fr. 2, § 5 sq. cit. Es.: «per te non fieri quominus ire liceat»; «quominus mihi habere liceat»; «dolum abesse»; «amplius non agi»; «ratum habiturum»; «in alum aedificari», ecc.

giamo nel fr. 218 D. 50,16: « Verbum *facere* omnem omnino faciendi causam complectitur: dandi solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi ». Ove si parla anche di *dare*, sia perchè si attribuisca a *facere* oltre un significato ristretto uno più largo, che comprenda ogni modo di prestazione, sia perchè si vogliano indicare quelle dazioni, che non sono comprese nell'accezione tecnica di *dare*. Con *dare* e *facere* sono dunque esaurite le possibili configurazioni della prestazione e per vero il fr. 2 pr. D. 45,1 non parla d'altro; se nei testi già notati si discorre anche di *praestare*, è perchè ove si accenna non ad un particolare resultato, ma alla complessa attività del debitore (*diligentiam, custodiam praestare*) (1), niuno di quei due termini sembra opportuno.

407. La prestazione deve avere un valore pecuniario. Non importa quale sia la ragione, per cui la obbligazione è data; una soddisfazione pecuniaria può competere anche a riparazione di danni di altra natura (2); ma oggetto dell'obbligazione è appunto la dazione della somma di danaro, come tale. Anche maggiore evidenza aveva questo concetto nella procedura formulare, dove la condanna era sempre pecuniaria; ma non può negarsi che il concetto sia superiore alle condizioni processuali e da

---

(1) Per antitesi *dolum culpam praestare*. Anche in un più generico significato si usa la voce *praestare*.

(2) Si pensi all'*actio iniuriarum* e simili. L'*actio servi corrupti* invece mira a riparazione di un detrimento patrimoniale (fr. 14, § 1 D. 11,3): l'*actio filii f.s corrupti* (*ib.*), a cui crede anche il Pernice (*Labeo*, 3, 1, p. 182), è una invenzione de' compilatori: Ferrini, *D. pen. rom.* (1898), p. 143.

esse indipendente (1). Poichè, ove si eccettui qualche caso in cui l'interesse privato coincide con un interesse pubblico e dove quindi l'atto del magistrato ha pur nella sostanza il carattere di provvedimento amministrativo (2), anche nella *cognitio* straordinaria il presupposto è quello di una prestazione avente carattere economico per il creditore.

408. Dobbiamo poi avvertire, che dove noi ci siamo fatto promettere, sia in via principale, sia in via accessoria, una prestazione verso un corrispettivo pecuniario, quella riceve sempre di riverbero un significato economico, quand'anche già non lo avesse isolatamente considerata. È sempre un interesse patrimoniale quello che noi abbiamo voluto assicurarci a prezzo di denaro, giacchè se non fosse tutelato, ne risulterebbe un sacrificio di denaro inutile. Una contraria dottrina torrebbe pregio e utilità allo stesso denaro. Questo ha ben veduto Sabino (fr. 6, § 1 D. 18,7) ed a questo pensiero è ritornato Papiniano, dopo di avere cercato di dare importanza diretta a interessi rispettabili, ma non *ratione pecuniae: (ib.* e fr. 7).

Quel concetto di Sabino ci spiega pure perchè in un contratto di locazione si dia azione anche per ottenere prestazioni che non hanno forse o non hanno

---

(1) Il Pernice stabilisce un profondo divario tra la *cognitio extra ordinem* e la procedura formulare (*l. c.*, pagina 172 sgg.).

(2) Fr. 11, § 23 D. 32: fr. 38, § 2 D. 34, 2. Fors'anche fr. 14, § 2 D. 11,7: « extra ordinem enm a praetore compellendum funus ducere »: io stimo tali parole interpolate: già è strano anche l'intervento del pretore: Pernice, *l. c.*, p. 68. Interpolazioni anche più evidenti in [illegible] D. [illegible], 1; fr. 44 D. 40,4.

sempre in sè medesimo importanza pecuniaria: ad es. il mettere in buon ordine i serramenti e le imposte, il rimuovere gli ostacoli all'aria e alla luce. Il carattere pecuniario assumono tali interessi per la *reputatio mercedis:* io ho pagato o mi sono obbligato a pagare per avere questo o quello (fr. 25, § 2 D. 19,2) (1).

409. Il contrario di tali negozii miranti a reciproco compenso si ha in quelli che consistono in mero rapporto di confidenza e lealtà: la fiducia, il mandato, ecc. La fiducia poteva conchiudersi allo scopo di procurare la manumissione o l'emancipazione del *caput* mancipato, dove non si scorge un interesse patrimoniale. È però da ricordare come la prestazione, che forma oggetto della obbligazione di fiducia, è la *remancipatio* e questa ha certamente valore economico pel creditore (2). Pel mandato, dove l'obbligazione non può dirigersi che o all'esecuzione dell'incarico o in mancanza a tanta pecunia, quanta rappresenta l'*id quod interest* del mandante, è ovvio che non possa pensarsi ad altri incarichi fuori di quelli che hanno per lui una rilevanza economica. Qui anzi deve stimarsi che anche il diritto giustinianeo non potesse allontanarsi neppure in

---

(1) In fondo è la ragione medesima che giustifica l'apposizione di una *stipulatio poenae* a convenzioni, di cui non è chiaro il carattere patrimoniale. La *stipulatio poenae* in sè stessa rappresenta in alto grado l'interesse pecuniario; che essa dipenda, come da condizione, dalla mancata attuazione di prestazione di altra natura, non ha nulla di repugnante.

(2) Anticamente e prima che divenisse mera formalità anche la *remancipatio filii f.;* sempre poi la *remancipatio servi.*

parte da tale principio, trattandosi di casi, in cui non si poteva ammettere la coazione diretta, meno forse qualche ipotesi eccezionale (1).

La prestazione dunque deve avere ordinariamente importanza economica pel creditore (2) e solo in casi sporadici, senza coerenza, nel diritto giustinianeo si accenna a tener conto di interessi di altra natura (3).

---

(1) Il fr. 54 D. 17, 1 è a mio avviso totalmente interpolato. Sulla chiusa ormai son tutti d'accordo. Ma anche quanto precede è un pasticcio sintattico e giuridico di cattivo gusto: « sed *in hoc* mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit (chi?) et pretium consequetur dominus ut venditor (ma chi ha parlato di vendita?) et affectus ratione mandati agetur (fosse almeno *aget!*) ». Non sarebbe più semplice dare l'azione *ex vendito?*

(2) Non si può tale regola ricavare (come ancora fa il Girard, *Manuel*, p. 437) dal fr. 9. § 2 D. 40,7, dove si dice solo che il debitore non può mediante danaro sciogliere lo schiavo dalla *statulibertas*, come può invece redimerlo ad es. dal pegno. Cfr. da ultimo Pernice, *Labeo*, 3, p. 190 sg.

(3) Cfr. Dernburg, *Pand.*, II, § 17 (però con diversa motivazione). In contrario v. sopratutto Ihering, *Ges. Aufsätze*, II p. 138 sgg. (seguito dal Kleine, *Genügt Affectionsinteresse*, ecc., 1884); di cui ha dato un cenno lo Scial ja nel vol. 25 dell'*Arch. giur.* Cfr. Windscheid, *Pand.*, II, § 250, n. 3 (p. 3-5). Nel testo s'è tenuto conto dei soli passi, che sembrano più importanti; circa i testi attinenti allo *stipulari alteri* v. più avanti nella dottrina dei contratti. Nel fr. 71 D. 21,2 (passo non scevro di alterazioni) il ragionamento si appunta nell'interesse pecuniario; del resto non si tratta di ciò che la prestazione abbia tale carattere (non se ne dubita, poichè si domanda una somma di denaro), ma se sianvi gli estremi per esigerla. La fine è interpolata. Nel fr. 16, § 1 D. 43,24 (« si

410. La prestazione può consistere tanto in un atto giuridico (ad es. un erede può essere per testamento obbligato a vendere, ad accettilare), quanto in qualsiasi fatto lecito; può consistere tanto in un azione positiva, quanto in un'omissione, in quanto a vantaggio del creditore il debitore omette quello che altrimenti avrebbe diritto di fare.

La prestazione può essere momentanea o duratura; duratura è di regola la negativa (1), più di raro la positiva (obbligazioni del tutore, del locatore, ecc.). La prestazione può essere semplice o composta.

411. La prestazione è divisibile o indivisibile, secondo che si possa o no scomporre in una serie di prestazioni omogenee fra di loro. È divisibile:

a) Quella che consiste nell'attribuzione di un diritto reale, a cui è applicabile il concetto di quota intellettuale, poichè la prestazione, con cui si conferisce un diritto concorrente con altri, è omogenea alle posteriori con cui tali limitazioni si tolgono. Sappiamo infatti che queste vengono tolte col conferimento degli altri diritti che concorrono.

---

amoenitas quaedam ex huiusmodi arboribus praestatur. potest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem ») è affatto arbitrario negare un interesse patrimoniale; si domanda anzi un compenso in danaro per privazione di un vantaggio, che ha valore di cambio. Si aggiunga che l'uso di una villa avente un bel giardino vale di più (si affitta quindi a migliori condizioni) che non quello di una villa che ne sia priva.

(1) Non sempre, come credo il Windscheid, *Pand.*, II, p. 9: si pensi all'obbligo di non opporsi a un fatto transitorio.

Tali diritti sono la proprietà, l'usufrutto, la superficie e l'enfiteusi (1).

b) La prestazione consistente in un *facere* è divisibile, se si tratta di un'azione uniforme che si distende per un periodo di tempo, ovvero se si tratta di un prodotto che si determina a misura o quantità, p. es. asportare tanti metri cubi di ghiaia o fabbricare tanti metri di tela. Non così se taluno si obbligasse a fare cosa, che ha un carattere proprio individuale: « neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui *ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit* » (2); nè le varie operazioni che concorrono alla *consummatio* sono fra di loro omogenee.

c) La prestazione consistente in una omissione è divisibile, se il suo parziale mantenersi ha pel creditore un effetto proporzionale ed omogeneo a quello che si avrebbe dal suo pieno avveramento. P. es. Tizio si obbliga a non intentare un'azione ed uno de' suoi eredi intenta l'azione per la sua parte. mentre gli altri restano inattivi: è chiaro che la prestazione è *pro parte* avvenuta (3). Non così se si stipulasse « per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi agere liceat ». In tal caso è

(1) Il concetto di *quota intellettuale* non è applicabile all'ipoteca come tale. Invece è possibile l'ipoteca afficiente una quota intellettuale di proprietà. Neppure questo è ammissibile per l'uso e le servitù prediali. Difficoltà presenta il fr. 72 pr. D. 45, 1. Ivi *fundum tradi* non si riferisce però a trasferimento di proprietà (*dare*); mentre anzi tale prestazione è posta nella categoria del *facere*. Però il concetto di *quota* è applicabile anche al possesso.

(2) Fr. 80, § 1 D. 35, 2.

(3) Fr. 2, § 6 D. 45, 1.

indifferente pel creditore essere impedito da tutti gli eredi del promittente o solo da alcuno fra essi, l'effetto è sempre il medesimo (1) « licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor » (2).

412. La distinzione fra prestazione divisibile e indivisibile è importante, perchè, se il creditore permette, il debitore può nel primo caso scomporre il debito in prestazioni minori, riducendo così di volta in volta il contenuto dell'obbligazione; inoltre solo in tal caso si verifica nella sua purezza il fenomeno della rifrazione dell'obbligazione, come vedremo.

413. La prestazione può essere determinata ovvero indeterminata (3), ma posti i criterii di determinazione. Non si può lasciare al debitore piena libertà di determinare la prestazione, ciò che potrebbe condurre ad una determinazione irrisoria contrastante colla *necessitas* che deve inerire alla obbligazione. Non si può neppure lasciare tale libertà al creditore, poichè l'obbligazione una volta costituita deve avere un interesse e scopo proprio, che non dipenda dall'arbitrio di una delle parti. Del resto la determinazione può farsi dipendere o da circostanze esteriori o dalla volontà di un terzo. Se in tale ipotesi l'incertezza è così assoluta, che la prestazione possa anche ridursi a nulla, l'obbligazione è condizionale. P. es. io prometto di dare tutto il

(1) Fr. 2, § 5 *ib.*, ecc.

(2) Fr. 85, § 3 *ib.*

(3) Non ha che fare con questa la distinzione fra le azioni *certe* e *incerte*. L'oggetto può essere determinato e tuttavia l'azione essere *in incertum;* si pensi alla compravendita, alla locazione, ecc. Viceversa l'obbligazione alternativa con scelta del creditore processualmente si esplica con una *condictio certi*: fr. 75, § 8 D. 45, 1.

vino che quest'anno produrrà il fondo corneliano; l'obbligazione non sussiste se non nell'evenienza che il fondo produca vino.

Invece si ha un'incertezza relativa, quando sono fissati i termini, fra cui può variare la prestazione, in tal caso non vi ha un ostacolo di massima ad assegnare alle parti medesime la determinazione ultima del dovuto, poichè tale facoltà non esclude il concetto di necessità e non esclude una finalità propria dell'obbligazione indipendente dall'arbitrio delle parti. L'incertezza relativa si ha negli esempi dell'obbligazione alternativa, di quella generica e di quella di quantità.

444. L'obbligazione alternativa comprende più prestazioni disgiuntamente indicate, nel senso che con una sola di esse debba essere adempiuta ed estinta. Si indica ordinariamente il modo con cui dovrà avvenire la determinazione della prestazione; se per volontà di una delle parti o di un terzo («utram earum Titius elegerit»: fr. 141, § 1 D. 45, 1) o per designazione di sorte. Se nulla fu all'uopo indicato, *è principio generale che la scelta spetti al debitore*, ciò che non costituisce che un'applicazione del teorema sopra illustrato, che in dubbio si ammette la minima obbligazione (1). I moderni chiamano «concen-

---

(1) § 33 I. 4, 6; «in eo genere stipulationis promissoris est electio»: fr. 25 pr.; fr. 34, § 6 D. 18,1: fr. 10, § 6 D. 23,3. Lo stesso principio vale nel diritto classico per le obbligazioni nascenti da legato: fr. 97 D. 30; fr. 108, § 2 *ib.*, ecc. Nel diritto giustinianeo la scelta compete all'erede tutte le volte che il legato non è atto alla immediata trasmissione del dominio: v. i miei *Legati*, p. 280 sg. e contro l'Ascoli (*Bull. dell'Ist.*, I, p. 83 sgg.); *ib.*, pagina 701 sgg.

trazione dell'obbligazione» il fatto per cui il suo soggetto si determina in modo definitivo. Una tale concentrazione in via normale si effettua o per la scelta da parte di chi ne ha il diritto o per designazione della sorte, se da questa si è voluta far dipendere, o in via straordinaria per l'impossibilità sopraggiunta di tutte le prestazioni disgiuntivamente indicate, meno una (concentrazione naturale) (1). Per diritto giustinianeo però, se il debitore ha la scelta, conserva (ove ragioni di equità sembrino consigliarlo) la facoltà di dare l'estimazione in luogo della prestazione divenuta impossibile (2).

---

(1) Fr. 34, § 6 cit.: fr. 16 pr. D. 45, 1, ecc. Se tale impossibilità esistesse fino *ab initio*, l'alternatività non sarebbe che apparente e in realtà non si avrebbe che una obbligazione semplice: fr 128 D. 45, 1.

(2) Fr. 47, § 3 D. 30: «et si alter (servus) decesserit, alterum omnimodo praestandum, *fortassis vel mortui pretium*» (interp.). Nel fr. 95, § 1 D. 46, 3 sono interpolate (oltre altre frasi) le parole: «si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est». Questo era già scritto, quando è uscito l'acuto articolo dello Scialoja nel *Bullettino dell'ist. di dir. rom.*, XI, p. 61 seg., che conferma le cose qui dette e aggiunge altre considerazioni importanti. Se la scelta spetta al debitore e qualcuna delle prestazioni diventi impossibile per sua colpa, egli è tenuto a quella che rimane possibile come nelle ipotesi di caso fortuito: fr. 95, § 1. Se invece la scelta fosse del creditore, costui potrebbe certo chiedere l'*aestimatio* della prestazione diventata impossibile per colpa del debitore. Se poi una prestazione diventa impossibile per colpa del creditore, il debitore, se ha la scelta, è tenuto a quella rimasta possibile, ma può esigere l'*id quod interest* coll'azione *ex delicto* (tenendosi conto anche della eventuale plusvalenza della prestazione dovuta compiere: fr. 55 D. 9, 2); mentre

415. La scelta si ha come definitiva, se la prestazione è fatta o è ricevuta da chi ne aveva il diritto: purchè non per errore (1). La prestazione parziale per sè stessa non pregiudica ancora il diritto di elezione: se fu stipulato di dare dieci e Stico a scelta del debitore, se costui ha pagato cinque, può ripeterli ancora, quando dia Stico: come pure il creditore, se a lui spetta la scelta, può chiedere Stico, restituendo i cinque (2). Anche minore significato ha la prestazione parziale, quando si tratti di uno fra più debitori (3).

La scelta che spetta al creditore si ha parimenti come definitiva mediante la contestazione di lite (4).

415 *bis*. Se le parti convengono che (spettando la scelta al debitore) una delle prestazioni disgiuntivamente indicate non verrà domandata, a rigore il debitore dovrebbe essere liberato. Poichè «ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obbligationem

---

se il creditore ha la scelta, egli può considerare come ricevuta la prestazione da lui resa impossibile, ovvero esporsi a sborsare l'*id quod interest* e pretendere l'altra.

(1) Fr. 32, § 3 D. 12,6.

(2) Fr. 26, § 13 D. 12, 6; fr. 2, § 1 D. 45,1.

(3) Fr. 15 D. 31; fr. 85, § 4 D. 45,1. Altrimenti si arriverebbe a prestare parte di un oggetto e parte di un altro in contraddizione coll'alternatività. In questo senso si dicono da taluni *indivisibili* le obbligazioni alternative (ingannati dalla correlazione, in cui Paolo nel fr. 83, § 4 tratta dell'argomento); ma in realtà a torto, poichè le singole prestazioni sono divisibili o no secondo la loro natura e solo non è possibile che avvengano ciascuna soltanto *pro parte*.

(4) Fr. 112 pr. D. 45,1; v. *donec iudicium dictet*.

submoveri » (1). Nel diritto giustinianeo invece tale patto è valido e l'obbligazione si concentra sulle rimanenti o sulla rimante prestazione: ciò che forse ne' *iudicia bonae fidei* era già stato prima riconosciuto (2). Un patto positivo, nel senso cioè che una determinata prestazione si dovrà eseguire, non può avere diretta efficacia nel sistema giuridico romano, in quanto non rivesta la figura di un costituto (3). Altrimenti tale convenzione non può vincolare il promittente, come non lo vincola una dichiarazione unilaterale (4). Potrebbe vincolarlo solo, qualora l'atto costitutivo dicesse che sarà dovuto l'oggetto che la parte avrà designato; poichè in tale ipotesi abbiamo che si verifica in sostanza una condizione apposta all'atto costitutivo (5). È poi da notare che quando in un *legatum per damnationem* il testatore conferiva esplicitamente la scelta all'erede (che già l'avrebbe avuta senz'altro), si attribuiva un parti-

---

(1) Fr. 27, § 6 D. 2, 14: segue una parte interpolata.

(2) Fr. 4 D. 18,5.

(3) Fr. 25 pr. D. 13, 5.

(4) Questo è tanto vero che, come si è visto, neppure la prestazione parziale implica perdita del relativo diritto di scelta. Il fr. 22 D. 16, 2 è, come oggi tutti riteugono, interpolato: *palam* sta invece di *in iure*: siamo quindi al caso della contestazione di lite. Cfr. del resto fr. 106 D. 45,1 o fr. 138, § 1 *ib.*

(5) Non basta che tale clausola si possa sottintendere (fr. 138, § 1 cit.). E ancora, dove si accenna nell'atto costitutivo alla scelta, deve esprimersi chiaramente che questa deve esplicarsi con una dichiarazione definitiva. Tale è il senso della frase « Stichum aut Pamphilum quem *voluero* »: quello che io *avrò voluto* si darà; mentre la dicitura *quem volam*, non accennando ad un momento de

colare valore a questo atto di elezione che doveva farsi in modo solenne (*dictio* corrispondente all'*optio* del legato di proprietà) con efficacia definitiva (1).

Se taluno, credendo per errore di dovere entrambi gli oggetti, anzichè uno di essi a sua scelta, li paga cumulativamente, ha senza dubbio la *condictio indebiti;* discordi erano le opinioni dei giuristi romani a chi dovesse rispetto a questa avere il diritto di scelta. Per taluni, essendo ciascuno degli oggetti *in obligatione*, di nessuno in particolare poteva dirsi che fosse indebito; indebito era solo il cumulo delle prestazioni e quindi la scelta dell'oggetto da restituire doveva spettare all'antico creditore; altri, fra cui Papiniano, fondandosi sul principio che non estingueva il diritto di scelta la prestazione avvenuta per errore, ritenevano «ut ipse (habeat) electionem recipiendi qui et dandi habuit». Ciò vale anche pel diritto giustinianeo (2).

416. Dall'obbligazione alternativa va ben distinto il caso, in cui un solo oggetto è dedotto *in obligationem*, ma il debitore ha anche il diritto di liberarsi con un'altra prestazione indicata. In tale ipotesi se la prestazione dedotta in obbligazione è impossibile, l'obbligazione stessa è nulla, e se quella diventa poi impossibile, il debitore non è mai tenuto all'altra prestazione (3).

---

terminato, ma ad uno stato duraturo e continuativo (*tractum habeat sermo*), non toglie il *ius variandi*: fr. 112 pr. D. 45, 1.

(1) Fr. 84, § 9 D. 30. Su questo punto Ferrini *Legati*. p. 277.

(2) c. 10 C. 4, 5.

(3) Dicono i giuristi romani che un oggetto è *in praestatione*, ma non *in obligatione*, nel senso che *peti non*

447. Se invece l'obbligazione si deve estinguere con una prestazione inclusa in un determinato complesso numerico, designato come tale (*genus*), abbiamo una figura molto vicina all'obbligazione alternativa (1). Così ad es. se io mi obbligo a dare un cavallo fra quelli componenti una data mandra, un servo fra quelli appartenenti a una certa *familia*, ecc. La differenza precipua sta in questo, che nell'obbligazione alternativa i singoli oggetti disgiuntamente indicati si intendono fino dalla costituzione dell'obbligazione compresi nel vincolo di questa: mentre, secondo l'opinione prevalente dei giuristi romani, il contenuto immediato dell'obbligazione generica è dato dalla figura astratta del *genus* e non dalle singole prestazioni incluse in questo: una simile entità astratta intermedia manca nell'obbligazione generica. Nè questa è una sottigliezza; anzi risponde al vero stato psicologico delle parti, le quali nell'obbligazione generica non sogliono rappresentarsi in concreto le singole prestazioni possibili, ma solo il carattere comune di tutte. Se taluno promette Stico o Panfilo, che è già dello stipulante, l'obbligazione è semplice: Panfilo non è *in obligatione* e non potrebbe essere prestato con effetto liberatorio, neppure se uscisse dal dominio del creditore: «neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio nec solutio». Ma se fosse promesso «hominem ex iis, quos Sempro-

---

potest: cfr. ad es. fr. 1 D. 33, 9. La *facultas* pende dall'atto costitutivo; talora (come vedremo parlando della *laesio enormis*) dalla legge.

(1) «Eiusdem condicionis est haec stipulatio»: fr. 2, § 1 D. 45, 1; fr. 32, § 3 D. 12, 6.

nius reliquit» e fra questi ve ne fosse uno in proprietà dello stipulante, se poi ne uscisse, si potrebbe con effetto liberatorio prestare (1).

Mentre il compratore sopporta il pericolo circa l'ultimo oggetto superstite di quelli dedotti in obbligazione alternativa (fr. 34, § 6 D. 18, 1), non risente alcun danno se perisce tutto il complesso, da cui dovevan separarsi gli oggetti da prestarglisi in seguito ad una compravendita generica, per es., tutto il vino, da cui dovevano prendersi le anfore da consegnare al compratore (2).

Circa alla concentrazione ed alla soluzione si ripetono le cose già dette a proposito dell'obbligazione alternativa.

418. Il *genus* dev'essere determinato nel suo complesso; un'obbligazione la quale includesse la prestazione di un oggetto individuo appartenente ad una certa categoria (ad es. un fondo, un servo) senza ulteriore determinazione sarebbe nulla, poichè o si sarebbe nell'assoluta incertezza e quindi mancherebbe la *necessitas* o ne sarebbe alterata la ragione. Infatti ben potrebbe ad es. il debitore sce-

---

(1) Fr. 72, § 4 D. 46, 3. Il contrario avviso è espresso da Papiniano nel fr. 66, § 3 D. 31 pel motivo che «hominis legatum orationis compendio *singulos homines* continet» e lo stesso aggiunge poi per la stipulazione. Evidentemente il grande giurista riteneva che fossero *in obligatione* le singole prestazioni. Però il fr. 72, § 4 di Marcello è *in sede materiae* (nel titolo *de solutionibus et liberationibus*), ciò che importa pel diritto giustinianeo e poi meglio si accorda colle altre decisioni, di cui si parla nel testo.

(2) Fr. 35, § 7 D. 18, 1; fr. 5 e 15 D. 18,6.

gliere una prestazione di carattere affatto irrisorio pel creditore (1).

Tale limitazione non sussiste invece per l'obbligazione di quantità, che si ha quando taluno deve prestare una quantità determinata di cose, che sogliono considerarsi a peso o a numero o a misura. L'indicazione della *quantità* e della *natura* delle cose (fungibili) si reputa sufficiente (2). Nel diritto giustinianeo il debitore, che abbia la scelta in un legato di genere o di quantità, non può offrire la cosa o la merce peggiore (3). Questa regola ha un fondamento in quella rappresentazione scolorita e complessa senza verun rilievo di singole prestazioni che le parti sogliono avere in simili negozii.

419. La *necessità* che è insita nell'obbligazione si esplica per via di azione personale (Gai., 4, 2); tale azione si distingue nettamente da quella, con cui domandiamo che il terzo riconosca la nostra proprietà od altro diritto reale: infatti non si tratta solo di fare affermare il nostro diritto e rimuovere gli ostacoli, ma anche di esigere che in conformità

---

(1) Fr. 71 pr. D. 30: «si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: *quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium* est, quam utile, legatum».

(2) Fr. 3 pr. D. 33, 6.

(3) «Illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det»: interp. in fr. 110 D. 30. Reciprocamente dovrà dirsi che il creditore avente la scelta non può esigere il miglior campione (il fr. 37 *ib.* si riferisce però al legato di proprietà: Ferrini, *Legati*, p. 270). Traccie del diritto classico in fr. 4 D. 33, 6: «liberum est heredi cuius vellet generis oleum legatario solvere»: fr. 52 D. 17, 1: «quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit».

a tale diritto ci venga fatta una prestazione (1). L'azione personale è l'azione per eccellenza e varie regole apparentemente generali non si intendono che riferite ad essa (2) : *actio* ed *obligatio* si adoperano talora come equipollenti (3).

420. In casi eccezionali può l'obbligazione essere fatta valere per via di azione reale; ciò dipende dalla *condemnatio pecuniaria* (normale nel diritto classico e non esclusa nel diritto nuovo), che costituisce praticamente un esito comune delle due pur tanto diverse figure. Già s'è visto come la *rei vindicatio* funzioni talora quale azione di risarcimento (ad es. la *rei vindicatio* concessa contro colui, *qui dolo desiit possidere)* e come talune *utiles rei vindicationes* concesse al non proprietario siano « al servizio di pretese obbligatorie » (4). Altre volte è mediante una replica in azione petitoria che l'attore ottiene il riconoscimento di pretese obbligatorie.

421, Può in generale dirsi che dove non c'è *actio*, non c'è *obligatio*. Talora vi ha nel sistema

---

(1) L'esecuzione in natura non è però propria del diritto romano classico o forse neppure del giustinianeo (a differenza delle azioni reali: fr. 68 D. 6, 1 interp.): cfr. Ziebarth, *Realexecution*, § 13.

(2) Ad es. Gai., 3,180.

(3) Fr. 8, § 11 D. 16, 1: «.... restituitur actio... restituitur obligatio... »: fr. 10 D. 19, 1: « duae obligationes... duas actiones ». Nel fr. 7, § 1 D. 4, 5 si parla di *actionum obligationes.*

(4) Cfr., ma con cautela, il celebre studio dello Ihering, *Iahrb. f. Dogm.*, I, p. 120 sgg. L'importanza grande di questa forma che assume un rapporto obbligatorio si manifesta in caso di concorso; cfr. Windscheid, *Pand.,* II, § 190, n. 4.

giuridico qualche apparato, che non è *azione* e che può costringere ad agire in un determinato modo; ma qui non può parlarsi di obbligazione in senso tecnico, sia perchè non si ha tanto riguardo all'interesse concreto di un privato quanto alla pubblica utilità; sia perchè il modo di agire a cui taluno viene compulso non ha il carattere di « prestazione ».

Si pensi all'obbligo dell'arbitro, che ha accettato l'ufficio, di adempirlo: a ciò, che pur ridonda a mediato vantaggio delle parti, egli può essere compulso con multa o altro modo di *coercitio*; ma di « azione » contro di lui non si parla (1). In altro modo si procede per obbligare l'erede fiduciario ad adire l'eredità, che deve essere restituita (2). Si ricordino anche i casi in cui il padre o il tutore possono essere indirettamente compulsi ad interporre il consenso o l'*auctoritas*; il padre astretto a emancipare il figlio (fr. 5 D. 37, 12; fr. 92 D. 35, 1). Anche i casi in cui taluno deve dare cauzione (« cautio damni infecti, cautio iudicatum solvi », ecc.) appartengono a questa categoria. Tant'è vero che essi non sono casi di obbligazione, che si mira appunto a indurre a creare una obbligazione. È colla *missio in bona* o *in rem*, colla trasposizione del possesso, che si cerca di raggiungere l'intento (3).

422. Nelle fonti si discorre di talune *obbligazioni* sfornite di azione, che si dicono *naturales* (4) *tan-*

---

(1) Bekker. *Aktionen*, II. p. 193.

(2) Bekker. *loc. cit.*, p. 68, n. 33.

(3) Su questi casi Hartmann, *Obligation*, pagina 144 sgg.

(4) V. in particolare Schwanert, *Die Naturalobligationen des r. Rechts*, 1861. Machelard, *Obligations naturelles*, 1861.

tum: esse hanno bensì giuridica rilevanza, ma non producono quell'effetto massimo e caratteristico delle vere obbligazioni, che per antitesi si dicono *civiles* (1). *Naturalis obligatio* è detta talvolta anche l'obbligazione vera e propria (*civilis* in senso lato), in quanto che si vuole indicare come essa risponda alle naturali tendenze od alla naturale visione dei rapporti sociali, non sacrificate le une o l'altra alle esigenze tecniche del formalismo (2). L'obbligazione *naturalis tantum* è dunque abusivamente chiamata *obligatio* (3); la ragione sta nell'analogia di alcuni

---

(1) L'*obligatio civilis* significa in varii testi quella riconosciuta dal *ius civile* in contrapposto a quella riconosciuta dal *ius gentium* o introdotta dal pretore: si dice allora anche «propria civium romanorum» (Gai., 3,93): fr. 5 pr. D. 20,1: «pro civili obligatione vel honoraria vel *tantum naturali*». Anche nel fr. 1, § 1 D. 46, 2: «obligatio... naturalis... civilis... honoraria». Nel senso accennato nel testo v. fr. 7, § 2 e § 4 D. 2,14; fr. 16, § 4 D. 46, 1 «obligatio civilis vel naturalis».

(2) Fr. 16, § 4 D. 46, 1 ove Giuliano parla di *obligationes naturales*, a nome delle quali «actio aliqua competit»: lo stesso Giuliano (apud Ulp. fr. 8, § 3) dice che dopo la *litis contestatio* «et civilis et naturalis subest obligatio»: ossia non solo non è intervenuto un fatto idoneo, secondo la naturale opinione, a togliere l'obbligazione ma v'ha anche l'obbligazione processuale derivante dalla stessa *contestatio litis*. Per ciò si dice che «indebiti soluti condictio naturalis est»: fr. 15 pr. D. 12, 6. Interessante è il fr. 126, § 2 D. 45, 1, dove l'obbligazione del mutuatario scaturiente dalla *pecuniae numeratio* è detta *naturalis* di fronte a quella nascente da stipulazione.

(3) Fr. 16, § 4 cit.: «licet *minus proprie* debere dicantur naturales debitores, *per abusionem* intellegi possunt debitores»: fr. 10 D. 50, 16: «si natura debeatur, *non sunt loco creditorum*» (ove è notevolissimo il contrap-

effetti, che sono comuni ad essa ed alle vere obbligazioni (1). Poichè la causa e la struttura dell'O. N. sono affatto simili a quelle delle vere obbligazioni ed è solo qualche ragione di diritto civile, che impedisce che si formi una di queste: ovvero è una ragione di diritto civile, che ha tolto di mezzo l'obbligazione vera lasciando sussistere una *naturalis causa debendi* (2).

423. Varii sono gli effetti dell'O. N.; ma non si verificano tutti sempre nè per ogni figura di essa. L'effetto caratteristico è che non si può ripetere quello che per errore (cioè credendo a torto di essere civilmente tenuto) si fosse pagato (3); mentre

---

posto dei veri creditori, forniti comunque di azione). Secondo il fr. 41 D. 15, 1 se qui si parla di debito «eo verbo abutimur».

(1) Cfr. Girard, *Manuel*, p. 626, n. 4.

(2) L'O. N. è dunque una figura giuridica avente vita propria e perciò suscettibile di estinzione: fr. 95, § 4 Digesto 46, 3: «naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur».

(3) Fr. 16, § 4 cit.: «naturales obligationes... aestimantur... cum soluta pecunia repeti non potest»; fr. 21, § 2 D. 46, 1; fr. 94, § 3 D. 46,3; fr. 13 pr. fr. 19 pr. («naturalis obligatio manet *et ideo* solutum repeti non potest») fr. 26, § 12 («condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit... natura enim.... debet») fr. 38, §§ 1. 2.; fr. 60 pr. D. 12, 6, ecc. La ripetizione si accorderebbe qualora taluno pensasse di soddisfare non l'*O. N.*, ma un altro debito di cui supponesse per errore l'esistenza: arg. fr. 20 D. 14, 6. A torto la generalità di questo effetto fu messa in dubbio: Dernburg, *Pand.*, II, § 5, ecc. Il fr. 29 D. 12, 6 ad es. dice solo esservi la *repetitio* per essere il pagamento stesso

il pagamento scientemente fatto costituisce donazione: *non erit donatio, sed debiti solutio* (1).

Può inoltre l'O. N. servire di base ad una fideiussione civilmente efficace (2), ad una ipoteca o ad un pegno (3); ad un costituto (4); ad una novazione (5). Anche di compensazione si parla (6).

---

nullo, *come tale* (Pernice, *Labeo*, 3, p. 256): in altri casi si è a torto escogitata una O. N.

(1) Fr. 19, § 4 D. 39.5. Resta esclusa la ripetizione non perchè il solvente ha donato, ma perchè *naturale adgnovit debitum*: fr. 64 D. 12,6. Su altri passi v. Pernice *l. c.*, p. 255, n. 6. Il Fadda ha negato il principio esposto nel testo (*Arch. giur.*, XXXVI, p. 195 sg.) sovratutto in base al fr. 47 D. 38, 1 (v. *donasse videtur*) da lui posto in relazione coi testi che parlano di una O. N. del liberto a prestare le opere (fr. 26, § 12 D. 12, 6). Ma, come ben avverte l'Ascoli (*Donazioni*, p. 106 sgg.), l'O. N. non si può ammettere pel servo manomesso *ex fideicommisso*, di cui appunto parla il fr. 47, mancando qui ogni ragione di riconoscenza o di ricambio. Cfr. i testi citati dall'Ascoli a p. 109 e in ispecie *Vat. fr.*, § 225.

(2) Fr. 16, § 3 D. 46. 1.

(3) Fr. 5 pr. D. 20,1 e fr. 14, § 1 *ib.*: fr. 13 pr. D. 12,6. Su talune questioni v. Windscheid, *Pand.*, I, § 225, n. 8.

(4) Fr. 1, § 7 D. 13, 5: «debitum... vel natura sufficit».

(5) L'obbligazione naturale può essere novata e — più raramente — novare: fr. 1, § 1 D. 46, 2.

(6) Fr. 6 D. 16, 2: «Etiam quod natura debetur venit in compensationem». Il testo si riferisce alla società conchiusa con un servo: Appleton, *Compensation*, p. 67. È dubbio quale significato abbia il passo nel diritto giustinianeo, essendo nel Digesto isolato dalla sua originaria connessione.

Una maggiore importanza ancora ha l'O. N. nel computo del *peculio* (in quanto che aumentano il *peculio* i debiti naturali del *paterfamilias* verso il suo titolare e viceversa lo diminuiscono i crediti naturali dello stesso) (1) e dell'eredità (poichè se il debitore naturale diventa erede del creditore si pone ad aumento dell'eredità il valore dell'O. N. estinta per confusione e viceversa nel caso che succeda il creditore naturale) (2). Fuori di questi casi le O. N. sole *ex eventu* aumentano il patrimonio del creditore (3).

424. I casi (percipui almeno) di O. N. sono;

a) I negozii che un servo conchiude in proprio sia verso il domino sia verso i terzi: « ex contractibus (servi) civiliter non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant » fr. 14 D. 44, 7) (4). Il Pernice trova un nesso fra questa regola e la

---

(1) Lo stesso dicasi de' debiti o crediti di coloro « qui sunt in eius (patris familias) potestate: quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit »: fr. 9, § 3 D. 15,1. Cfr. *ibid.* fr. 7, §§ 5. 6; 9, § 2 e § 4 (« non est verisimile dominum id concedere servo in peculium habere quod sibi debetur »): fr. 17 i. f., ecc.

(2) Fr. 95, § 2 D. 46,3.

(3) È caratteristico come per gli antichi giuristi l'O. N. non si computasse nel patrimonio: il loro pagamento si aveva come un nuovo e fortuito acquisto (che quindi ad es. non si devolveva nella restituzione della *hereditas* e non si computava nella falcidia). È Giuliano, a cui sovratutto si deve la dottrina dell'O. N. (cfr. Pernice, *l. c.*, p. 254 sg.), che ha determinato anche questo punto (fr. 1 § 17 D. 35, 2).

(4) Fr. 13 pr. D. 12, 6; fr. 64 *ib.* (debito naturale del domino verso il servo: « debiti vel non debiti ratio... naturaliter intellegenda est »).

capacità dei servi di obbligarsi secondo il diritto sacro (*Sacralrecht*, II, p. 6 seg.).

b) I negozii, che si conchiudono fra il *paterfamilias* ed i soggetti alla sua *potestas* ovvero fra questi ultimi: fr. 38 D. 12, 6 e i testi sopra riferiti.

c) I debiti di persone colpite da *capitis deminutio*: « manent obligati naturaliter »: fr. 2, § 2 D. 4, 5.

d) Le obbligazioni incontrate dal pupillo *sine tutoris auctoritate* (1). Cfr. fr. 42 pr. D. 12, 2 (*soluti retentio* e fideiussione); fr. 21 pr. D. 35, 2 (dove si discorre esplicitamente di *naturalis obligatio*, come nel fr. 21, § 1 D. 36, 2); fr. 1, § 1 D. 46, 2 (dove si parla della novazione, che avviene *si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit:* cfr. Gaio, 3, 176, il quale, arrivando allo stesso risultato pratico, chiama *nulla* e *inutilis* l'obbligazione assunta dal pupillo e cioè per diritto civile); fr. 19, § 4 D. 39, 5. Su alcuni testi contrarii, il cui valore è molto discusso (2), vedi nel *Trattato della tutela*.

e) I mutui assunti da un *filiusfamilias* contro il S. C. Macedoniano: fr. 40, pr. D. 12, 6. Qui vi ha la *soluti retentio*, ma nessun effetto cha possa indirettamente costituire una coazione al pagamento; ad es. una fideiussione sarà valida, se il fideiussore non avrà regresso (abbia interceduto *donandi animo*) (3).

---

(1) Qui pure il Pernice trova un nesso colle regole del *ius sacrum* (*Labeo*, III, 258: *Sacralr.*, II, 14).

(2) Da ultimo Pernice, *l. c.*, p. 255 sg.

(3) Non c'è invece O. N. per le intercessioni contrarie al S. C. Velleiano. Della differenza dà una ragione Mar-

f) Se taluno « iniquum ius adversus aliquem impetravit » deve poi tollerare che lo stesso si applichi a lui medesimo (Ed. in fr. 1, § 1 D. 2. 2). Se però, nonostante che in forza di tale principio sia stato escluso un suo credito, questo gli viene pagato, « solutum repeti non posse Iulianus putat; superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem » (1).

g) Si è già visto come dopo la *litis c.* l'antica obbligazione perduri come *naturale debitum*, ciò che ha importanza se poi si perima per decorso di tempo la lite. Si conserva infatti il pegno (fr. 30, § 1 D. 9, 2) e vi ha *soluti retentio, quia naturale debitum manet* (fr. 8, § 1 D. 46, 8).

h) È molto disputato se perseveri un'O. N. dopo un'ingiusta assoluzione. Certo è che vengono meno le garanzie reali (fr. 13 D. 20, 6) e le personali (arg. fr. 7, § 1 D. 44, 1). Il fr. 28 D. 12, 6 esclude la ripetizione d'indebito, se il *male absolutus* SPONTE *solverit*; ciò che nulla significa per la presente questione. Nel fr. 60 pr. *ib.* si dice: « Iulianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat solventem repetere posse; licet enim absolutus sit, *natura tamen debitor permanet* ». La maggiore obbiezione che si può muovere contro chi ammette un'O. N., sia pure con limitatissima efficacia, sta nell'autorità della *res iudicata*, la quale sarebbe offesa qualora si do-

---

ciano, fr. 40 pr. cit. che non si deve generalizzare. La vera ragione è forse da cercare nel carattere accessorio dell'intercessione.

(1) Fr. 3, § 7 D. *ib.*

vesse ritrattare la causa per esaminare se fu giusta o no l'assoluzione (1).

i) Analoga controversia si ha pei debiti prescritti. L'unico argomento positivo che si arreca è che la prescrizione dell'ipoteca si compie nel diritto nuovo in quarant'anni, mentre di regola in trent'anni si compie il massimo periodo di prescrizione delle azioni personali (cfr. sopra). Questo si vuole spiegare col fondamento di un'O. N. sopravvissuta all'obbligazione civile. Ma non è detto che sia necessario questo fondamento per il perdurare dell'ipoteca, come è necessario per la sua costituzione e del resto è arbitrario il supporre che l'ipoteca sopravviva all'obbligazione personale prescritta, ben potendosi — come si è già detto altrove — supporre interrotta la prescrizione di quest'ultima e non dell'ipoteca. Sappiamo del resto essere qui esclusa la *soluti retentio* (arg. fr. 25, § 1 D. 46, 8) e venir meno le garanzie personali (fr. 38, § 4 D. 46, 3).

425. *l*) Si chiede se *ex pacto* nasca un'obbligazione naturale. L'antica opinione era decisamente affermativa; essa si trova ancora nel Savigny (*Oblig.* I, p. 53 seg.) ed ha recentemente avuto un convinto propugnatore nello Hellmann (2). Per noi

---

(1) È quindi da ritenere che Giuliano pensasse a qualche caso particolare, in cui non si potesse dubitare se il solvente fosse *verus debitor.* Forse il passo alterato nella compilazione giustinianea si riferiva alla dottrina sabiniana « omnia iudicia absolutoria esse » (Gai., 4, 114).

(2) *Ztschr. der S. S.*, R. A., XIII, p. 325-360. In contrario si sono però pronunciati in maggioranza i romanisti moderni; cfr. i citati in Windscheid, *Pand.*, II, § 289, n. 1.

che ammettiamo il patto costitutivo (1) tale opinione non offre difficoltà di massima e, poichè con essa si spiega egregiamente la *soluti retentio* (2), siamo decisamente proclivi ad accettarla. Tale esclusione della *condictio indebiti* è specialmente significante in materia di interessi promessi per semplice convenzione ed indi pagati: « usurae.. *ex pacto* naturaliter debebantur » (« ex pacti conventione datae repeti non possunt ») (3), dove è pur chiaro che l'effetto è fatto derivare dalla *convenzione* che precede (4). In contrario si cita il fr. 1, § 2 D. 45, 1, secondo cui, se il promittente aderisce con un cenno del capo alla domanda dello stipulante, « non tantum... civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem ». Qui, si dice, vi hanno gli estremi di un *pactum*, vi è il *consensus in idem*, e tuttavia si nega l'esistenza di un'O. N. L'obbiezione è forte; ma è da notare collo Hellmann come la *stipulatio* sia un negozio astratto, che opera indipendentemente da una *causa*, mentre il *nudum pactum* deve — anche per dar vita ad una mera O. N. — avere una causa sostanziale adeguata (essere almeno elemento di più complesso negozio) sebbene non abbia una causa sufficiente per l'obbligazione civile.

---

(1) *Sulla teoria generale de' pacta*, Milano, 1892.

(2) Richiamo l'attenzione sul fr. 22 D. 23,4 e sul fr. 28, § 7 D. 24, 1 ricordati dallo Hellmann.

(3) Fr. 5, § 2 D. 46, 3. Anche il pegno o l'ipoteca sono possibili: Fr. 11, § 3 D. 13, 7; c. 3 e 4 C. 4, 32.

(4) Questo concetto è messo in rilievo nel citato lavoro contro l'opinione del Manenti (*Sulla teoria generale de' pacta*).

Appunto questa mancanza di causa si può rilevare in altre fattispecie conformemente decise (1).

426. Molto dubbio è a mio avviso se dalle O. N. fin qui studiate divergano altri doveri di moralità o di convenienza, pei quali, una volta che siano adempiti, non ha luogo *condictio indebiti* e neppure può dirsi che l'adempimento cosciente costituisca donazione (2). Infatti o si tratta di vere O. N. come tali considerate, o si tratta di ciò che manca la *donatio* per non esserci il vero *animus donandi*, ma una disposizione diversa (3). Ulpiano parla di chi è « naturaliter obligatus ad remunerandum » (fr. 25, § 11 D. 5, 3) (4). In questo senso « natura operas patrono libertus debet » (fr. 26, § 12 D. 12, 6). Invece non adempie un'O. N. colui, il quale restituisce un'eredità senza trattenere o la falcidia o la *deductio* concessa dal testatore; costui non ha l'*animo donandi* poichè « plerique... nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti » (5). Tanto meno poi si può ritenere che adempia un'O. N. la donna agiata, che si costituisce una dote. Si dice invero che « si in ea opinione est, ut credat se pro dote obligatam » non può ripetere quanto abbia pagato *dotis nomine*: « sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non

---

(1) Fr. 56 pr. D. 46,1.

(2) Cfr. anche Pernice, *o. c.*, p. 254 sg.

(3) Cfr. Ascoli, *Donazioni*, p. 115 sgg.

(4) Cfr. l'apprezzamento della *donatio remunerativa* in fr. 10, § 7 D. 15, 3. Nel fr. 55 (54) § 1 D. 47, 2 si parla di colui che donando si acquista un *debitor beneficii*. V. fr. 34, § 1 D. 39, 5 e (importante) il fr. 27 *ib.*

(5) Fr. 5, § 15 D. 24,1; v. fr. 19 o 20 D. 42,8.

potest ». Ma il passo non si può ricondurre alla dottrina delle obbligazioni naturali. Poichè la donna, che ammette erroneamente l'esistenza di un'obbligazione civile (*dictio* o *stipulatio*), che non ha mai esistito, e dà *solvendi causa* dovrebbe poter ripetere anche secondo quella dottrina, come si è visto. Se qui la ripetizione è esclusa, è perchè oltre la *causa solvendi* (che ha un erroneo supposto) vi ha la *causa dotis constituendae*, la quale veramente rimane e legittima pienamente la *datio*, trattandosi che chi dà è la stessa moglie futura (1).

CAPO II.

Soggetti dell'obbligazione.

427. L'obbligazione suole nascere fra soggetti determinati e (salvo quanto diremo più avanti circa la cessione) rimanere fra essi ed i loro eredi. Non pare che pel diritto classico si potesse costituire una obbligazione lasciando che uno dei suoi soggetti si avesse a determinare in seguito (2). Tanto

---

(1) Forse in luogo di *pietatis causa* (parole davvero strane) è da leggere *ipsius dotis causa* o similmente.

(2) Veramente noi non siamo informati che per le obbligazioni nascenti da testamento (per via di legato: cfr. Gai. 2, 238; Ulp. 24, 18; Paul., 3, 6, § 13). Queste non sono valide se costituite a favore di un soggetto incerto (« ei qui primus ad funus meum venerit heres centum dato »); valide solo se si possono considerare come un gruppo di

meno è lecito alle parti in via generale di costituire un'obbligazione ambulatoria, nel senso cioè che nella funzione di creditore o di debitore debba subentrare di volta in volta chi si trova in una situazione indicata (1).

Simili obbligazioni ambulatorie sono ammesse solo in pochi e ben definiti casi o per ragioni storiche particolari o per influenza del diritto pubblico, in cui l'istituto si svolse prima di trasfondersi nel diritto privato. Così nei casi dell'azione nossale (2) e dell'azione *de pauperie* (3) il fenomeno dipende da ciò, che in origine l'uomo o l'animale che aveva offeso era tenuto a subire la pena e doveva essere

---

obbligazioni condizionali, ciascuna con soggetto certo («qui ex cognatis meis primus ad funus venerit, ei heres C. dato»: Gai., 2, 238). Non pare che qui debba riscontrarsi una particolarità delle obbligazioni *ex testamento*: Ferrini, *Enc. giur. it.*, XII, p. 374. Ad ogni modo questo rigore è abbandonato nel diritto giustinianeo: § 27 I. 2, 20.

(1) Fr. 12 pr. D. 33, 1: v. fr. 81, § 1 D. 18,1.

(2) Gai., 4, 77: «Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit esse actio; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est... Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit, nam si paterfamilias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit» V. § 5 I. 4, 8.

(3) Fr. 1, § 12 D. 9, 1: «cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, *non cuius fuerit quadrupes cum noceret, sed cuius nunc est*».

consegnato all'offeso da chiunque ne disponesse. Più tardi costui potè evitare la consegna coll'offrire il risarcimento del danno; più tardi ancora il risarcimento del danno apparve siccome il contenuto precipuo dell'obbligazione, salva la *facultas noxae dandi*, divenuta tanto meno considerevole in quanto che non si trattava più di esercitare una vendetta sull'offensore.

428. Attivamente e passivamente è ambulatoria l'*actio aquae pluviae arcendae* (1), ed analogamente quell'obbligazione meno visibile che accompagna la *servitus oneris ferendi* (2), la quale non si esplica in apposita azione personale, ma viene indirettamente esperita nella confessoria. Anche le azioni così dette *in rem scriptae* offrono un esempio di obbligazioni passivamente ambulatorie (3).

Il diritto pubblico romano conosce oneri di prestazioni, che incombono al possessore di uno stabile *in quanto tale* e trapassano col mutarsi del possesso. Tale è l'onere del *tributum* e tale è di riflesso la natura del credito relativo che spetta all'appalta-

---

(1) Fr. 6, § 4 D. 39, 3: «si qui priusquam aquae pluviae arcendae agat dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit». Cfr. fr. 14-16 *ibid.* Io ho scelto qui l'espressione *obbligazione ambulatoria*. Mi sono fondato specialmente sul fr. 25, § 2 D. 7, 1: ivi l'obbligazione nascente dalla *stipulatio in annos singulos* del servo, che ha locato le sue opere, passa, finito l'usufrutto, a favore del domino e la frase adoperata è appunto: *ambulabit stipulatio.*

(2) Fr. 6, § 2 D. 8, 5. V. anche sopra.

(3) «Actio quod metus causa»: fr. 9, § 8 Dig. 4, 2, ecc.

tore (1); tale è pur l'onere dello *stipendium* (2). Si aggiunga il canone gravante sugli *agri quaestorii* e sui *trientabula*, il *vectigal*, l'onere che accompagna il predio nelle così dette fondazioni alimentari imperiali (di cui v. sopra) e così via (3).

E appunto per l'influenza del diritto pubblico si spiegano le analoghe vicende degli obblighi pel canone o pel *solarium* nell'enfiteusi o nella superficie (4). Circa la connessione col peculio delle obbligazioni corrispondenti (cfr. ad es. fr. 5, § 15, 19 D. 14, 4) sono da vedere passi molto interessanti; come il fr. 3, § 3 D. 15, 1; il fr. 9 D. 10, 3 (cf. fr. 7, § 1 D. 14, 4); il fr. 27, § 2 D. 15, 1. ecc. (5).

I titoli al portatore nel diritto romano ebbero una scarsa applicazione e a noi non è pervenuta traccia di relative controversie giuridiche; non pare che la giurisprudenza si occupasse di definirli e disciplinarli (6).

Le obbligazioni aventi il carattere accennato non

---

(1) *Lex agr.*, 1, 36; *sententia Minuciorum*. l. 24; Cic., *in Verr.*, 3, 56, 57; Pernice, *Parerga*, II, p. 66 sg.

(2) Il cui credito spetta alla *civitas* (che ne ha la responsabilità); ma essa procede in via amministrativa.

(3) Sui contributi per le strade, acque e cloache v. Pernice, *l. c.*, p. 80 sgg.

(4) Cfr. *supra*. All'enfiteusi nel diritto nuovo è da riferire il fr. 7 pr. D. 39, 4. Il fr. 39, § 5 D. 30 si riferisce ai rapporti fra erede e legatario; non fra questo e i terzi (cfr. Segré, *Vers. it. del Glück*, VI, p. 464: Fadda e Bensa, *note al Windscheid*, I, p. 555): fr. 2, § 17 Digest. 43, 8.

(5) Cfr. Bekker nella *Ztschr. für das ges. HR.*, IV, p. 499-568; Ferrini, *Enc. giur. it.*, XII, p. 380 sg.

(6) Kuntze, *Lehre von den Inhaberpapieren*, p. 39 sg.; Pernice, *o. c.*, p. 99 sg.; Ferrini, *o. c.*, p. 382 sgg.

differiscono sostanzialmente dalle altre ed è contrario non solo agli insegnamenti del diritto romano, ma anche alla stessa indole di tali rapporti, il classificarli come una categoria di diritti reali *in faciendo* (1).

429. Di regola dunque l'obbligazione ha soggetti determinati e costanti e si trasmette ai successori universali (2) di ciascuno di essi. Attivamente non si trasmettono (ove non sia già stata contestata la lite) quelle che mirano ad una soddisfazione da procurarsi *alla persona* del creditore (obbligazione di riparare con una somma da estimarsi l'ingiuria altrui recata) (3); obbligazione di compensare pecuniariamente il torto fatto all'ascendente o patrono chiamato in giudizio senza licenza del magistrato (4); di riparare con pena pecuniaria alla calunnia (5); alla violazione del sepolcro (6) o all'impedita sepoltura (7); alla lesione recata ad un uomo libero con *effusio* o *deiectio* (8). Passivamente non si trasmettono le obbligazioni *ex delicto;* non passano affatto quelle che tendono ad una mera penalità pecuniaria; quelle che hanno anche funzione di risarcimento patrimoniale

(1) D'altra opinione sono i valorosi traduttori del Windscheid (I, p. 582). V. in contrario Ferrini, *o. c.*, p. 386-388.

(2) Fr. 25, § 2 D. 7, 1: « Non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem ».

(3) Fr. 7, § 1 13 pr. D. 47, 10, ecc.

(4) Fr. 24 D. 2, 4.

(5) Fr. 4 D. 3, 6.

(6) Fr. 3, § 8; fr. 6; fr. 10 D. 47, 12.

(7) Fr. 9 D. 11, 7.

(8) Fr. 5, § 5 D. 9, 3.

passano limitate all'eventuale arricchimento che sia compreso nell'eredità (1). Trapassano però le azioni di risarcimento per l'indebita usurpazione di cose altrui (*condictio* delle *res furtivae* e delle *res vi ablatae*) (2). Qui pure la contestazione della lite perpetua l'azione.

430. Già le XII tavole disponevano che, passando a più eredi, crediti (3) e debiti (4) si dividessero *ipso iure* secondo le porzioni ereditarie. L'oggetto dunque dell'obbligazione si suddivide in rapporto all'entità delle quote ereditarie e nascono quindi altrettante obbligazioni, ciascuna delle quali per ogni effetto si considera come la continuazione dell'antica. Questo fenomeno, che possiamo indicare col nome di *rifrazione dell'obbligazione,* può trovare un ostacolo nell'*indivisibilità dell'oggetto:* vedremo più avanti quali sono le norme correlative.

431. Non è raro che una obbligazione nasca con una pluralità di creditori o di debitori. Ciò avviene solo in apparenza, quando si indica con una formola complessiva la somma delle obbligazioni distinte; in tal caso vi ha realmente una serie di rapporti indipendenti, dei quali ciascuno segue l'orbita propria e la propria via, come nella precedente ipotesi, in cui una sola obbligazione iniziale venga a rinfrangersi in altrettante obbligazioni autonome (5).

---

(1) Fr. 20 D. 48,19: fr. 1 pr. D. 47, 1. Cfr. fr. 26 D. 4, 3; fr. 35 pr. D. 44, 7 e molti altri testi: cfr. Savigny, *Syst.*, V, § 210, 211.

(2) Fr. 7, § 2 e 9 D. 13, 1; fr. 2, § 26, 27 D. 47,8, ecc. Cfr. Savigny, *l. c.*, p. 551 sgg.

(3) c. 6 C. 3, 36.

(4) c. 26 C. 2, 3. Tab. V, 9.

(5) Fr. 43 D. 42, 1; fr. 11, § 1-2 D. 45, 2. Cfr. c. 2 C. 4, 2; c. 2 C. 7. 35.

432. Ma può anche concepirsi un'obbligazione veramente unica, la quale abbia tuttavia una pluralità di soggetti attivi o passivi, in modo che ognuno de' primi possa chiedere l'intero, ovvero ciascuno de' secondi debba prestare l'intero. Consumata che sia l'obbligazione rispetto ad uno dei compartecipi, rimane estinta per tutti gli altri; viceversa il contegno di uno fra essi può modificare, perpetuare la obbligazione per tutti. Le fonti parlano appunto di *una obligatio* (fr. 3, § 1 D. 45, 2): di *unum debitum* (fr. 9 pr. D. 2, 14) (1). Il tipo di tali obbligazioni con pluralità di relazioni soggettive è dato da quella che nasce da una stipulazione, in cui intervengono più stipulati (*rei stipulandi*) o più promittenti (*rei promittendi* o *debendi*) (2). Donde il nome

---

(1) Siccome però la v. *obligatio* indica pure, come si è detto, la relazione, in cui un soggetto si trova rispetto al vincolo, non c'è difficoltà a comprendere perchè *dove occorre a rilevare la pluralità subbiettiva* si discorra di *utraque obligatio* (§ 1 I. 3,16) o di *duae obligationes* (fr. 5 pr. D. 46, 1: fr. 13 D. 45, 2). Molti scrittori stimano vana la disputa se trattisi di una o più obbligazioni (Hartmann in *Archiv f. die civ. Pr.*, LXXIII, p. 396; Wendt, *Pand.*, p. 514): altri sono recisamente contrarii (da ultimo Eisele, *Arch. f. d. r. Pr.*, LXXVIII, p. 374 sg.: contro Ferrini, *Enc. giur. it.*, VII, p. 397 sgg. e p. 430 sg.).

(2) La stipulazione deve essere unica e cioè (nel caso di più stipulanti) contenere *una sola risposta* alle domande dei varii creditori o (nel caso di più promittenti) un'interrogazione rivolta ai vari debitori che rispondono: pr. I. 3, 16; cfr. fr. 3 pr. e fr. 4 D. 45, 2. L'interrogazione nell'ultimo caso può essere al plurale (*spondetis?*), ma può anche essere rivolta a ciascuno in particolare (*spondes?... spondes?*), purchè collegata e tale da non lasciar dubbio sull'unicità del negozio e della prestazione.

moderno di obbligazioni correali. Dal fatto poi che ciascuno può chiedere o deve prestare il tutto, si discorre di *obligari in solidum* (obbligazioni solidali, cfr. fr. 2 D. 45, 2: § 1 I. 3, 16, ecc.). Obbligazioni correali e solidali sono quindi la medesima cosa e i testi spiegano il significato de' *plures rei stipulandi* o *promittendi* col *deberi singulis solidum* o *debere singulos solidum* (ll. cc.).

433. Nei trattati moderni si trovano però classificate siccome *solidali in senso stretto* non poche obbligazioni, che si contrappongono alle correali propriamente dette. L'indice della differenza starebbe in ciò, che pel diritto classico l'obbligazione correale dedotta in contestazione di lite da uno de' creditori o contro uno de' debitori rimane consumata di fronte a tutti gli altri, che non hanno preso parte alla lite (fr. 2 D. 45,2: «*petitione*.... unius tota solvitur obligatio»); mentre ciò non avviene nelle obbligazioni della seconda categoria; sebbene anche in esse ciascuno possa chiedere o deva pagare l'intero e sebbene anche in esse il pagamento integrale avvenuto a favore o a carico di un soggetto estingua il credito o il debito degli altri. È innegabile che nelle nostre fonti sianvi casi, a cui si applica il primo e casi, a cui si applica il secondo trattamento; male spiegati per lo addietro, essi furono dal Keller (1) e più largamente dal Ribbentrop (2) messi in rela-

---

I debitori possono rispondere insieme: *Spondemus*; ma possono rispondere (anche *ex intervallo*) ciascuno: *Spondeo*.

(1) *Litisc. und Urtheil*. p. 413 sgg.

(2) *Lehre von d. Correalobligationen*, 1831. Cfr. il riassunto e la critica in Ferrini, *l. c.*, p. 398 sg.

zione cogli insegnamenti circa l'efficacia della *litis contestatio*, che porgevano le Istituzioni di Gaio. Il Ribbentrop trova ben naturale che la *litis contestatio* consumi interamente l'obbligazione correale; poichè, trattandosi di una *obligatio*, chiunque la deduce in giudizio la deduce integralmente; mentre nelle obbligazioni solidali si ha una pluralità di obbligazioni, che s'incontrano nell'oggetto. Se una di esse viene processualmente consumata, non c'è ragione per ritenere consumate le altre, che sono autonome; mentre se una viene soddisfatta, le altre tramontano, perchè indirettamente esse pure sono state adempiute. Questa opinione è diventata presto la dominante e lo è forse tuttavia e le altre numerose teorie, che si sono messe avanti dai moderni, pur contraddicendo al alcuni principii del Ribbentrop (e precipuamente negando l'unicità del vincolo nelle c. d. obbligazioni correali e tentando altre vie per spiegare la consunzione processuale) (1), hanno tutte ammessa la distinzione fondamentale e la duplicità delle categorie.

---

(1) Fa eccezione il Demangeat, *Obl. solidaires*, che anzi ammettte *unità* sostanziale in tutti i casi di obbligazione in solido (cfr. p. 64 sg.). Altre notevoli dottrine sono quella del Kuntze ne' suoi due libri sull'obbligazione (*Obl. und singularsucc.*, § 30-57: *Obl. in röm. u. heut. Rt.*, p. 141 sgg.), quella del Baron (*Gesammtverhältnisse*, 1864 p. 205 sg.), quella del Fitting (*Natur der Correalobligationen*, 1859), quella del Brinz (*Krit. Blätter*. IV: *Krit. Vjahresschr.*, XVI, p. 2 sg.). V. pure Hauriou, *Nouvelle Revue hist.*, 1882, p. 219 sg.: Dernburg, *Pand.*, II, § 172: Mitteis, *Individualisirung der Obl.*, p. 49 sg.: Landucci, *Le obl. in solido*, I (1880). Su queste opinioni v. riassunti e note nel Landucci, *o. c.*, nell'Eisele, *Arch. f. die civ. Pr* LXXVII, p. 374 sgg. Cfr. Ferrini, *l. c.*, p. 408 sgg.

434. Proprio questo punto fondamentale non regge, come a mio avviso si dimostra, coll'applicazione dei criterii diagnostici delle interpolazioni all'esegesi dei Digesti. Quello che per qualche testo fu presentito dal Cuiacio e dal Fabro, e cioè che per effetto della c. 28, § 2 C. 8, 40 (41) fosse dai compilatori eliminata la menzione dell'efficacia consuntiva della *litis contestatio* e trasferita nel pagamento effettivo, si è comprovato in ben larga misura (1); e. s'io non erro, in modo da escludere la pretesa distinzione delle due categorie (2).

Le obbligazioni, che il Ribbentrop designava quali esempi di mera solidarietà, ad es. le obbligazioni di più persone tenute insieme a titolo di deposito e commodato, quelle di risarcimento nascenti da comune delitto erano soggette alla consunzione processuale (3) nell'identica maniera di quelle che egli

(1) Il primo ad applicare tali criterii alla nostra ricerca fu l'Ascoli, *Le obbligazioni solidali*, 1890 (dagli *Studi e doc. di storia e diritto*): dopo (in parte accogliendo e in parte ripudiando i resultati dell'Ascoli) venne l'Eisele, *loc. cit.* Replicò l'Ascoli, *Bull. dell'Ist. di d. r.*, IV, p. 290 sg. Cfr. Ferrini, *l. c.*, p. 419 sg.

(2) Dal caso della *solidarietà* va distinto quello dell'incontro di obbligazioni diverse aventi cause affatto indipendenti nel medesimo oggetto.

(3) Commodato: è certo emblematica la v. *praestiterit* nel fr. 5, § 15 D. 13, 6 (sul vero modo di intendere l'obbl. correale *ex commodato* v. Ferrini, *l. c.*, p. 421); cfr. fr. 9 pr. D. 45, 2. Questo passo è probante anche per il *deposito*: il fr. 1, § 43 D. 16, 3 che l'Eisele stima del tutto interpolato (contro Ascoli, *Bull.* cit., p. 292) è certo alterato e in origine si riferiva alla *formula in factum*. La prova della interpolazione in varii testi relativi alle *obl. ex delicto* è il precipuo merito dell'Ascoli (e il non

chiamava *correali* (nascenti da comune stipulazione da legato *per damnationem* soggettivamente alternativo, ecc.).

435. L'obbligazione correale nasce dunque o da un contratto conchiuso in comune da più persone, che hanno ciascuna promesso o fatto promettere per intero, o dal danno recato da più persone per mezzo di un comune delitto, ovvero recato dall'animale o dal servo comune a più persone o da un legato obbligatorio con alternatività soggettiva (attiva o passiva). Si tratta dunque di casi, in cui per l'unità di scopo, di causa e di prestazione si ha una obbliga-

---

averla adeguatamente apprezzata è il precipuo torto dell'Eisele). Salvo ci è giunto il fr. 15, § 2 D. 43,24 (a torto sospettato dal Pernice, *Ztschr. f. d. ges. HR.*, XXXIII, p. 440): arg. *a contrario* fr. 11, § 2 D. 9, 2. Abbastanza evidenti interpolazioni offrono il fr. 3 pr. D. 11, 6; il fr. 1, § 3 D. 43, 16; i fr. 7, § 4 e 8 D. 27, 6; la c. 1 C. 4, 8 ecc. Cfr. i fr. 1, § 10 e 2, 3, 4 D. 9, 3. Per le obbligazioni nossali la correalità v'è anche fra il *dominus ignorans* e lo *sciens*: *l. c.*, p. 427. V. *ibid.* la critica di altri testi attinenti a questa materia. Grave è l'oscurità che avvolge (nonostante le ricerche di Ascoli ed Eisele) l'obbligazione di più contutori, poichè sul modo di concepire questa obbligazione (se farla cioè scaturire dal rapporto di tutela o « in singulas res, per tempora, veluti ex pluribus causis ») v'era disparità di vedute fra' più antichi giuristi e i più recenti (fors'anche v'era antagonismo di scuole: fr. 18, § 1 D. 26,7: il che spiegherebbe il modo di esprimersi di alcuni testi, ove pur si vogliano genuini). L'ipotesi di più *mandatores eiusdem pecuniae* (indipendenti l'uno dall'altro: chè altrimenti si avrebbe una pluralità di obbligazioni *pro virilibus portionibus*) è un esempio di obbligazioni incontrantisi nell'oggetto e del resto autonome fra loro (cfr. c. 28 pr. C. 8, 40; fr. 41, § 1 e fr. 52, § 3 D. 46, 1).

zione sola e non si può affatto confondere la figura dell'O. correale con quella di una reciproca garanzia nè comprendere il caso della fideiussione (dove abbiamo una obbligazione per sè stante, sebbene accessoria) colla correalità (1). Che i debitori solidali possano « non inutiliter vice mutua fideiussores accipi » (fr. 11 pr. D. 45, 2) é attestato; ma ciò prova appunto che le cose sono diverse. L'*utilitas* nel diritto classico consisteva probabilmente nel procurare al creditore il modo di convenire i singoli *pro rata* senza timore dell'*exceptio litis residuae* (2). Credo del resto arbitrario riferire qui formule di documenti che parlano solo di reciproca malleveria fra condebitori (3). Tale reciproca malleveria dove sia assunta con *pactum adiectum* in contratti di buona fede opera una certa approssimazione alla correalità, ma non più che un'approssimazione (4).

« Ex duobus rei promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obligari potest » (5); e invero nulla osta che uno, il quale sia astretto dalla comune obbligazione, abbia per sè il favore di un termine, con cui per un certo tempo può far dilazionare la peti-

(1) Come fanno a torto il Windscheid, *Pand.*, II, § 293 e l'Eisele, *l. c.*, p. 462. V. in contrario Ferrini, *l. c.*, p. 430.

(2) Mitteis, *Individualisirung der Oblig.*, p. 69 sgg.

(3) Le formole si trovano tanto in un papiro di El-Faijûm (Mitteis, *Reichsrecht*, p. 184), quanto in papiri ravennati (Marini, *Pap.*, n. 115, 119). Vi accenna, come a formole comuni in Oriente, Giustiniano, Nov. 99. Quest'ultima non è riferita ai *duo rei* che nella barbara versione latina.

(4) Ferrini, *l. c.*, p. 440.

(5) Fr. 7 D. 45, 2: § 2 I. 3, 16.

zione, ovvero che uno non subentri subito, ma solo in caso di futuri eventi nel vincolo comune.

436. Il creditore può domandare l'intero a qualunque de' debitori ovvero a ciascuno una parte, dividendo la sua petizione (v. anche il fr. 11 cit.) e ogni creditore puo chiedere al comun debitore tanto l'intero, quanto una parte (1). L'unità poi dell'obbligazione appare evidente in ciò, che la colpa di un correo perpetua l'obbligazione stessa per tutti, ovvero per tutti ne modifica il contenuto (2).

437. L'obbligazione correale vien meno:

a) col pagamento (*datio in solutum*): sia (nel

---

(1) Il *beneficium divisionis* nel periodo classico non fu mai esteso ai debitori correali. La Nov. 99 nel testo greco non parla affatto di costoro: ma di *reciproca fideiussione*, il che è diverso. La versione latina parla nella rubrica *de duobus reis*: di qui la dottrina favorevole alla *divisio* nel diritto comune.

(2) Fr. 18 D. 45, 2: «Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet». Il testo parla di *factum*, poichè nelle stipulazioni non viene in considerazione che la *culpa in faciendo*. Cfr. anche il fr. 5, § 15 D. 13, 6, di cui ormai non può mettersi in dubbio il riferimento ad una O. correale. Lo stesso non vale per la *mora* (fr. 32, § 4 D. 22, 1 e fr. 173, § 2 D. 50, 17), poichè la *mora* non concerne che i rapporti del debitore col creditore e determina quindi una modificazione nella posizione personale del soggetto: v. avanti e intanto Ribbentrop, *o. c.*, p. 31 sg.; Longo, *Pel XXXV anno d'ins. di F. Serafini*, p. 343 sgg. La miglior prova che il concetto di *correalità* non è applicabile al rapporto de' fideiussori tra loro o col debitore principale si ha in ciò, che la colpa e la *mora* di quest'ultimo nuoce ai primi, mentre la mora e la *colpa* di essi non nuoce al debitore principale: fr. 32, § 5 D. 22,1; fr. 88, 91, § 4 Digest. 45, 1, ecc.

caso di più debitori) che uno abbia pagato il tutto, o che più abbiano contribuito a pagarlo; sia (nel caso di più creditori) che uno abbia ricevuto il tutto o che ciascuno abbia ricevuto una parte corrispondente.

b) « Unius acceptilatione peremitur utriusque obligatio » (fr. 31 § 1 D. 46, 2), ecc. (1).

c) La novazione pure ha tale efficacia, sia che avvenga tra il creditore ed uno de' condebitori, sia che avvenga fra il debitore ed uno dei concreditori (2).

d) La *contestatio* di lite nel diritto classico consuma sempre l'intera obbligazione. Nel diritto giustinianeo il principio è per la correalità passiva modificato (come s'è detto) nella c. 28, § 2 cit. Ancora in esso però giova anche ai condebitori la sentenza assolutoria ottenuta da un correo (3), purchè non si fondi su un motivo a lui personalmente e-

(1) Il *pactum de non petendo* conchiuso fra il debitore ed uno de' creditori non toglie l'obbligazione, ma dà solo al primo una eccezione contro il creditore paciscente, non contro gli altri (fr. 27 pr. D. 2, 14 *in fine*). Il patto stesso conchiuso fra il creditore e uno de' condebitori non dà l'*exceptio* che al debitore paciscente; agli altri solo ove siavi ragione di regresso e il *pactum* sia *in rem*, come spiega lo Stefano al fr. 25 *ib.*: ἐν ᾧ δηλονότι κοινωνοί εἰσιν οἱ δύο *rei promittendi*..... καί *in rem* ἐστὶ τὸ πάκτον.

(2) Fr. 31, § 1 D. 46, 2 e fr. 20 D. 16, 1. Sembra ostare il fr. 27 pr. D. 2, 14 V. sui varii tentativi il Manna G., *Sul fr. 27 pr. de p.*, 1885. Ma la più naturale interpretazione è quella di restringere il significato di *idem dicendum est* alla limitata efficacia del *pactum de non petendo*.

(3) Arg. fr. 28, § 3 D. 12, 2 (cfr. fr. 1 pr. D. 44, 5).

sclusivo. La sentenza condennatoria ottenuta contro un correo non perime l'obbligazione degli altri: questi non sono liberati che mercè l'integrale esecuzione di essa (1). Invece Giustiniano nulla ha modificato circa la correalità attiva: ne tace la c. 28 e rimangono inalterati testi di grande evidenza (2). Quindi *a fortiori* la sentenza assolutoria ottenuta dal debitore nell'azione mossagli da uno de' creditori gli giova contro gli altri (3) e non può dagli altri essere molestato dopo la condanna verso di uno. La transazione si risolve nel diritto romano in un *pactum* e non ha quindi maggiore efficacia di questo (4).

e) Sul giuramento v. il fr. 28 pr. § 3 D. 12,2 già citato.

f) La prescrizione toglie l'intera obbligazione; e la sua interruzione operata da uno de' creditori o contro uno de' debitori giova o nuoce anche agli altri.

g) La *capitis deminutio* di uno de' correi sot-

---

(1) c. 28, § 2 cit.: «remanere et ipsi creditori *integras actiones*... DONEC *per omnia ei satisfiat*». Il creditore non soddisfatto si rivolgerà quindi contro gli altri debitori coll'originaria azione, non (come ad es. crede il Cogliolo, *Cosa giudicata*, I. p. 332) coll'*actio iudicati:* v. Ascoli, *l. c.*, § 9.

(2) Fr. 2 e 16 D. 45, 2; fr. 5 D. 46, 1; fr. 31, § 1 Digest. 46, 2; «unum (reum stipulandi) iudicium petentem TOTAM REM *in litem deducere*, ecc.». Cfr. Windscheid, *Pand.*, II, § 296.

(3) Arg. fr. 28 pr. D. 12, 2.

(4) Contro il Risch, *Vergleich*, § 16 v. Ascoli, *l. c.* § 9.

traeva (salve le restituzioni) la persona al vincolo, ma non distruggeva il vincolo stesso (1).

438. Colla morte di uno dei *correi debendi* o *credendi* gli eredi subentrano nella posizione del loro autore; ma fra essi si rifrange l'obbligazione; sicchè ciascuno di essi non può essere convenuto o convenire che in proporzione della sua quota. Se un correo succede all'altro, «duas species obligationis sustinet» (2): ciò che praticamente importa, qualora nella rispettiva posizione personale rispetto al comune vincolo corrano delle differenze. Se il creditore succede all'uno de' *correi debendi*, o se al debitore succede uno de' *rei stipulandi*, *eximitur persona*, ma permane l'obbligazione (3). La *persona* parimenti viene tolta dal vincolo, che permane, nel caso che uno dei *correi debendi* venga restituito in integro contro l'assunta obbligazione.

439. Se uno de' condebitori correali paga l'intero od uno de' concreditori esige l'intero, non ha il primo diritto al regresso verso i suoi condebitori liberati in forza del pagamento da lui compiuto, nè il secondo è tenuto a ripartire cogli altri il pagamento ricevuto (4). Questo regresso, che non scaturisce dalla correalità *come tale*, può scaturire dalle relazioni speciali intercedenti fra' correi (sovratutto dal

---

(1) Fr. 19 D. 45, 2: «persona liberatur, *manente obligatione*». La chiusa è interpolata.

(2) Fr. 13 D. 45, 2.

(3) Cfr. fr. 71 pr. D. 46, 1.

(4) Testi evidentissimi: fr. 62 pr. D. 35, 2; fr. 71 pr. Digest. 46, 1; fr. 29 D. 34, 3 e fr. 3, § 3 *ibid.*; fr. 34 pr. Digest. 4, 8; fr. 10 D. 45, 2. L'ultima esposizione di essi con confutazione di altre interpretazioni è nel Ferrini, *Enc. giur. it.*, XII, p. 442 sgg.

contratto di società) (1). Non è lieve merito del diritto romano quello di avere isolato il rapporto di correalità, staccandolo da quello intercedente fra le parti: questo può essere tale da ammettere o no il regresso o di ammetterlo in diversa misura; quello non è che una conseguenza logica (che in diritto romano può anche scaturire senza la volontà delle parti) di una data genesi dell'obbligazione (2).

Se A e B debitori correali pagano entrambi l'intero successivamente, è chiaro che il secondo pagamento è *affatto indebito* e però può essere ripetuto. Ma se pagano contemporaneamente (*pariter*), ad es. A a me e B al mio servo *a pecuniis exigendis*, ne risulta che ciascuno ha pagato indebitamente quello che eccede la *portio virilis*, poichè quando si esige dai varii correi non si può chieder loro più di una parte: v. *supra* (3).

---

(1) V. i testi citati nella nota antecedente ed anche il fr. 25 pr. D. 2, 14, secondo la giusta interpretazione dello Stefano surriferita. Cfr. pure il fr. 14 D. 46, 8 (= fr. 1 *ibid.* «alter ex reis qui socius est»). Altre ragioni potrebbero essere: l'indebito arricchimento (c. 1 (2) C. 8, 39 (40) v. Vangerow, *Pand.*, III, § 573), il mandato reciproco, ecc. Del resto il principio è molto controverso. Una buona esposizione delle varie opinioni è nel Landucci: *Il regresso nelle O. correali*, Padova 1888 (dagli *Studi offerti dall'Un. di Pad. per l'VIII cent. dell'Un. di Bologna*, vol.). Circa poi la tesi del Landucci stesso v. Ferrini, *l. c.*, p. 435 sgg.

(2) Che ragione di regresso può esserci se il testatore dice: L'erede mio darà 100 ad A o a B? Si pensi poi ad uno tra più commodatarii convenuto in solido pel colposo deterioramento della cosa commodata. Se la colpa è tutta sua, a che il regresso? Nelle obbligazioni *ex delicto* una esigenza razionale del regresso manca affatto.

(3) Fr. 19, § 4 a 21 D. 12, 6. Analogamente dovrebbe

Secondo il fr. 10 D. 13, 5 il debitore che ha fatto costituto con uno de' *correi stipulandi* non può più liberarsi pagando ad un altro fra essi: sempre potrebbe essere tenuto coll' *actio de pecunia constituta* (1).

440. Abbiamo già detto, come anche per l'indivisibilità della prestazione può essere impedito l'effetto ordinario della rifrazione dell'obbligazione e come nella ipotesi di più creditori o debitori originarii di una simile prestazione, quantunque ciascuno di loro avrebbe diritto od obbligo ad una sola parte di essa, necessariamente si debba da ciascuno chiedere o prestare l'intiero. Si parla in tal caso di O. indivisibili (2). Ad es. fr. 17 D. 8, 1: « si stipulator (viae) decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est » (3).

441. Il fatto però, che ciascuno (ove non si opponesse la natura della prestazione) non sarebbe autorizzato o tenuto che per una parte, esplica notevoli conseguenze:

1.° Il debitore che ha pagato il tutto ha diritto

---

rispondersi, se più creditori correali avessero esatto l'intiero.

(1) Il passo è arduo: un tentativo di renderlo innocuo v. nel Serafini, *Arch. giur.*, XVII, p. 401 sgg., XVIII, p. 13 sgg.

(2) V. Savigny, *Oblig.*, II, §§ 29-36; Ubbelohde, *Lehre von den untheilb. Obl.*, 1862.

(3) Fr. 19 D. 8, 3; fr. 25, § 9-11 D. 10, 2; fr. 11, § 23, 24 D. 32; fr. 80, § 1 D. 35, 2; fr. 2, § 2 e fr. 85, § 2 (« singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest ») D. 45, 1.

di domandare ai condebitori compenso per le relative porzioni e viceversa il creditore che ha ottenuto il pagamento integrale deve compensare proporzionalmente gli altri (1).

2.° Il debitore, che presta l'intero ad uno de' concreditori, ove la prestazione non sia tale da soddisfare nel medesimo tempo anche gli altri (2), può farsi dare cauzione di non essere in seguito convenuto da essi, giacchè, trattandosi di obbligazioni per sè distinte, un creditore non deduce in giudizio il credito degli altri (3).

---

(1) Fra coeredi serve l'*actio familiae erciscundae* (fr. 44 § 8 D. 10,2): se al tempo della divisione il pagamento non è ancora avvenuto, si provvede *officio iudicis* con opportune cauzioni: fr, 25, § 10 *ib.* Talora si parla addirittura di chi presta «imputaturus partem sumptus coheredi» (fr. 11, § 23 D. 32) o del finale effetto, per cui l'onere è sopportato *pro parte* (fr. 49, § 4 D. 31). In altri casi può servire l'*actio pro socio* o l'*actio neg. gestorum.*

(2) Si cita il fr. 11, § 1 D. 39,3 e forse pel diritto giustinianeo la citazione può tollerarsi. Questo frammento è interpolato, come ha visto anche l'Eisele (*l. c.*), e si riferiva nel diritto classico ad un caso di *correalità* analogo a quello che astringe per l'*actio noxalis* i condomini dell'animale o del servo. Quest'opinione fu poi mutata per opera di Giuliano (§ 3 *ib.*). È del resto per sè ovvio, che se io sono obbligato verso A e B comproprietarii di una area ad asportare un masso, che vi si trova, e adempio tale obbligo per intimazione di A, soddisfo pienamente e direttamente anche B. Un caso notevole è quello del deposito fatto da uno, che muore lasciando più eredi. La restituzione fatta in b. f. a taluno fra essi può liberarmi (fr. 81, § 1 D. 46, 3 interp.).

(3) Fr. 1, § 36 e fr. 14 pr. D. 16, 3 (ove però proprio le frasi relative alla *cauzione* sono interpolatizie).

3.° Se si deve chiedere al debitore l'estimazione pecuniaria in luogo della prestazione in natura, l'O. si considera omai come divisibile e ciascun creditore deve domandare *pro parte.* La formula anzi nella *intentio* si dirige al *solidum*, e la *restitutio arbitratu iudicis* (ove occorre) deve avvenire integralmente; ma l'*aestimatio*, cui si riferisce la *condemnatio*, non può omai tener conto che del limitato interesse dell'attore (1). La sentenza vittoriosa di questi giovava ai concreditori, che ormai avevano aperta la via della *res iudicata;* ma immediatamente non serviva che ad appagare l'interesse del vincitore: «si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet» (2).

442. Invece il creditore, che chiede la prestazione ad uno de' condebitori e non l'ottiene in natura, può esigerne l'intera *aestimatio* e si comprende; poichè altrimenti l'indivisibilità non avrebbe senso e ciascuno preferirebbe di farsi condannare, per non avere a prestare che una parte. Cfr. fr. 25, § 10 D. 10, 2: «quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debent, ut, *si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit*, id pro parte a ceteris consequatur» (3).

---

(1) V. fr. 4, § 3 D. 8, 5.

(2) Fr. 25, § 9 D. 10, 2: fr. 1, § 31, 44 D. 16, 3 (dove, come nel fr. 17 pr. ib., si distigue un *deponere in solidum* che può avvenire o per una vera correalità attiva o perchè un determinato evento designerà chi fra varii deponenti avrà il diritto di ridomandare per intero la cosa depositata): fr. 54, § 1 D. 45, 1.

(3) Fr. 2, § 2 D. 45, 1; cfr. fr. 21, § 5 D. 39, 1. Una eccezione si afferma per l'*actio aquae pluviae arcendae* in base a fr. 6, § 1 e 11 § 3, 4 D. 39, 3. Per le varie spie-

4.º Ciascuno de' condebitori risponde solo per la propria colpa. Se un erede del depositario distrugge la cosa depositata, egli è tenuto all'integrale risarcimento, «nec adversus coheredes eius qui dolo careant depositi actio competit» (1).

———

gazioni e la loro critica v. Burckhard, *Glück's Forts* (Serie der B. 39-40), III, p. 498 sgg. Abbandonata l'antica dottrina (come io l'intendo), per cui i condomini del fondo superiore si stimavano correalmente tenuti (arg. fr. 11 § 1 *ib. interp.*: gravi difficoltà anche di sostanza presenta l'interpretazione a chi come il Burckhard ritiene il passo genuino, *l. c.*, p. 511 sg.), sorse il dubbio se essi fossero tenuti in solido o *pro parte*. Il dubbio non poteva esserci pe' condomini del fondo inferiore, giacchè in tal caso la indivisibilità della *restitutio operis* non escludeva la *condemnatio pro parte* (fr. 11 § 4 cit.). Ne' Digesti il dubbio è risolto nel senso più benigno, non tanto pel motivo che *de futuro damno agitur*, quanto per ciò, che si tratta di obbligazione nascente dal dominio o correlativa ad esso (Burckhard, *l. c.*, p. 504 sg.). Non è però certo che i testi siano genuini. Mi è assai sospetta la fine del fr. 6, § 1; poichè in qualunque ipotesi è assurdo il discorrere di *conveniri pro parte* (cfr. Lenel, *Ed. p.*, p. 301 sg.) e quella del fr. 11, § 3 da *magisque* in poi. Ancora più gravi sono le difficoltà che per le obbligazioni *quae in faciendo consistunt* nascono dal fr. 72 pr. D. 45, 1. (Ubbelohde, *l. c.*, § 12, Landucci, *Arch. giur.*, XXIII, p. 389 sgg.). È veramente strano che si dica: «Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere»: questo è risaputo e neppure a' tempi di Tuberone poteva essere comunque incerto. Del resto lo stesso ragionamento si applica anche all'O. indivisibile di dare (p. e. *viam*). Qualche cosa di decisivo fu sicuramente omesso e solo rimane dubbio se fu omesso ad arte dai compilatori. Una condanna *pro parte* non è aliena dallo spirito bizantino.

(1) Fr. 9. 10 D. 16, 3. Se invece si trattasse di più de-

5.º L'operato di uno de' creditori non può nuocere agli altri; in ispecie non può un creditore concentrare in sè l'obbligazione.

CAPO III.

Impossibilità della prestazione.

443. La prestazione dedotta in obbligazione può essere fin da principio impossibile o divenir tale in seguito. Trattiamo anzitutto della impossibilità originaria. Le fonti dicono *impossibile* la prestazione che niuno potrebbe compiere; quello che il debitore « efficere non potest, cum alii possibile sit » ; mentre quegli ostacoli, che « recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi » non costituiscono vera impossibilità di prestazione (fr. 137, § 4, 5 D. 45, 1). Quest'ultima non permette all'obbligazione di sorgere: « impossibilium nulla obligatio est » (1). L'impossibilità può riferirsi al dare (ad es. una cosa che non esiste, un fondo religioso) o al fare; può dipendere da cagione naturale (p. es. se

---

positarii, pel diritto classico si sarebbe dovuto rispondere diversamente pel rapporto di correalità (fr. 1, § 43 interp. nel senso di escludere il trattamento dell'antica *formula in factum*). Non vanno riferiti qui i testi attinenti a stipulazioni penali (v. avanti) dove si applicano i principii della dottrina delle condizioni: cfr. fr. 4, § 1 D. 45, 1; fr. 85, § 3 *ib.*

(1) Fr. 185 D, 50, 17. Cfr. fr. 1, § 9, 10 D. 44, 7; fr. 35 pr. 83, § 5, 103 D. 45, 1; fr. 15 pr. fr. 34, § 1, fr. 57 (int.) D. 18, 1; fr. 1 e 7 D. 18, 4.

uno stipula un servo già morto od una casa già distrutta) (1) o da cagione giuridica (p. e. se uno stipula un *homo liber*, ovvero una cosa che già gli appartiene completamente) (2). A questo proposito è però da ricordare che, se è nulla l'obbligazione diretta a trasferire la proprietà di un uomo libero, non è nulla quella diretta a procurare lo *habere licere* di un uomo, cui il creditore stima erroneamente servo (com'è l'obbligazione di compravendita); essendo riconosciuto il possesso di b. f. di un *homo liber* con importanti conseguenze giuridiche (ad es. Gai. 2, 86 sq.): v. fr. 70 D. 18, 1 (3). Ma se la prestazione è possibile in sè stessa e solo non riesce tale per il debitore, l'obbligazione nasce. Così se ta-

(1) Non è però nulla la compravendita di credito inesistente (fr. 4 e 5 D. 18, 4). La ragione si è che il conferire un diritto di credito *inesistente* non è impossibile, come l'attribuire il possesso o la proprietà di *cose inesistenti*; infatti il credito che non esiste potrebbe essere costituito e trasmesso al compratore. È nullo invece il legato di credito inesistente, poichè un credito *del testatore verso il terzo* non può essere costituito dall'erede (fr. 75, § 1, 2 D. 30). Sulle varie opinioni v. Hartmann, *Oblig.*, p. 180; Bechmann, *Kauf*, II, § 239; Brinz, *Pand.*, II, p, 405; Ihering, *Iahrb. f. Dogm.*, IV, p. 69 sg.; Eisele, *ibid.*, XXV, p. 308 sgg.

(2) Fr. 34, § 1 cit.: « natura vel gentium ius vel mores civitatis... »

(3) Donde anche l'obbligo per l'evizione: fr 39, § 4 D. 21, 2; fr. 4 D. 40, 13. È invece nulla per diritto classico l'O. *ex vendito*, se fu venduta una *res sacra* o *religiosa*, di cui non è tampoco possibile un possesso giuridico (fr. 28 sq. D. 18,1; fr. 34, § 1 *ib.*). Invece nel diritto giustinianeo pare che la norma relativa al *liber homo* siasi indebitamente estesa a questi altri casi. In fr. 4 D. 18, 1 leggiamo « et liberi hominis et loci sa-

luno promette una cosa, di cui egli non ha il commercio (mentre altri l'hanno) (1).

444. L'impossibilità della prestazione può anche sopraggiungere dopo che l'obbligazione è già costituita. In tale ipotesi, senza distinguere se l'impossibilità sia assoluta o relativa, qualora essa dipenda da caso fortuito, si ha per estinta l'obbligazione (2). Solo dove ciò risponda alla natura dell'obbligazione costituita, questa può perdurare, in quanto il debitore sia tenuto a cedere quanto ha ricevuto in compenso di ciò che un terzo ha fatto (rendendo la prestazione impossibile) o le azioni correlative (3). Tutto

---

cri et religiosi, *qui haberi non potest*, emptio intellegitur si ab ignorante emitur ». Possono ritenersi inserite le parole *et loci sacri, etc.* o meglio può ammettersi che i compilatori abbiano mutato in *et* un termine negativo (*non autem* o sim.). E infatti è caratteristica la frase *qui haberi n. p.*; mentre *homo liber haberi potest*. Alterato è pure il § 5 I. 3, 23, nonchè il fr. 62, § 1 D. 18, 1. Cfr. ad es. fr. 8, § 1 D. 11, 7.

(1) Fr. 34 D. 45, 1. Non così se il commercio mancasse allo stipulante, poichè allora è *assolutamente impossibile* dargli la cosa. Cfr. fr. 49, § 3 D. 31. Sul principio in genere v. fr. 137, § 5 D. 45, 1; fr. 55 D. 19, 1, ecc. Se la prestazione è solo parzialmente possibile, l'O. sorge per la parte che è possibile, con ristretto contenuto (ad es. fr. 57 D. 18, 1, tenuto conto delle interp.).

(2) Fr. 1, § 4 D. 44, 7; fr. 107 D. 46, 3: fr. 37 e 51 D. 45, 1; fr. 23, (22) § 3 D. 36, 1. Ciò che meglio importa si è che in questi passi non si tien conto che dell'assenza di responsabilità da parte del debitore.

(3) Ciò vale anzitutto per la compravendita: § 3 I. 3, 23; fr. 35, § 4 D. 18, 1; fr. 21 D. 18, 4; fr. 13, § 12, 17 D. 19, 1. Pel deposito cfr. fr. 1, § 47 e fr. 2 D. 16, 3. Non vale ad es. per la stipulazione: fr. 83, § 5 Digest. 45. 1.

ciò va riferito alla vera impossibilità; non alla mera difficoltà, tranne che l'energia richiesta a rimuovere l'ostacolo non esorbiti affatto dalla natura del vincolo, cui le parti hanno voluto costituire. Cessa la obbligazione in tal caso o se ne modifica il contenuto, poichè colla somma di energia o colla forma di attività, che si può esigere dal debitore secondo la natura del rapporto concreto, non si può pervenire al risultato (1).

445. L'angustia economica del debitore, sia originaria sia sopravvenuta, non è mai una ragione che lo esoneri dall'adempimento dell'obbligazione: cfr. ad es. fr. 137, § 4 D. 45, 1; sia perchè il patrimonio può aumentare e il creditore far conto su questi possibili incrementi, sia perchè le conseguenze a cui il debitore insolvente va incontro formano appunto quella *necessità*, senza cui non sussiste il concetto di obbligazione.

446. All'impossibilità, che sopraggiunge per caso fortuito, si contrappone quella imputabile al debitore, che o l'ha scientemente prodotta (dolo) o non l'ha per incuria o inavvertenza impedita, mentre l'avrebbe potuto o coll'ommettere qualche atto o coll'adoperare qualche provvedimento (colpa). Non c'è una norma generale della responsabilità del debitore, giacchè non in tutte le obbligazioni si esige da lui la medesima forma di contegno e il medesimo grado di energia. Per diritto romano occorre prima distinguere le obbligazioni *stricti iuris ad dandum* da tutte le altre; giacchè diversa è la «natura o forma del contegno» che presuppongono nel debitore (2).

(1) Arg. fr. 1, § 47 fr. 2 D. 16, 3.

(2) Hasse, *Die culpa*, 2 ed. (1838). In particolare v. Pernice, *Labeo*, II, p. 231 sgg.

E anzi, rispetto alle prime, si avverta che il nostro discorso si riferisce a quelle aventi ad oggetto la dazione di una *res certa*, poichè alle altre esso non sarebbe applicabile.

447. A. Esse sono quelle nascenti da stipulazioni, da indebito o ingiusto arricchimento, da *legatum per damnationem* (1). Nelle prime due categorie si interpreta rigorosamente l'obbligo di *dare:* il debitore non è tenuto a far nulla (2). Quindi egli non risponde se, dovendo dare un servo, *neglegat infirmum*, in modo che venga a morire (*l. c.*). Poichè il vincolo di dare il servo non contiene il dovere di curarlo infermo. Risponde invece se uccide il servo o lo manomette; se rende religioso o sacro il fondo dovuto (3); se conduce il servo alla guerra in modo che sia *captus ab hostibus* (4). In questa ipotesi, nonostante l'impossibilità della prestazione, si perpetua l'obbligazione (5); il creditore può tuttavia chiedere la cosa perita o sottratta al commercio, ottenendo la condanna del convenuto *in id quod interest*.

Siccome il pagamento non si ha per adempiuto quando la proprietà non è trasmessa piena ed irrevocabile (*aliquid* IURI *deest*: fr. 27 D. 46, 3), ed il creditore può quindi tuttavia intentare l'azione, ne segue che il debitore è tenuto a rimuovere (finchè sia possibile) ogni vincolo o limite del dominio

---

(1) Circa quelle nascenti *litteris* non siamo informati

(2) Fr. 91 pr. D. 45, 1: « qui dari promisit, ad dandum non ad faciendum tenetur ».

(3) Fr. 91, § 1 cit.; fr. 51 fr. 83, § 5 *ib.*, ecc.

(4) Pernice, *l. c.*, p. 274 sg.

(5) Fr. 91, § 3 cit., ecc.

Invece egli non risponde in via generale dei deterioramenti di fatto, ancorchè dipendano da fatto suo. Quindi se egli trade il servo dovuto dopo avergli fatto trangugiare del veleno, di cui dovrà indi a poco morire, non è meno vero che egli ha *dato* il servo e ha trasferito la pienezza del dominio su di esso, in modo che l'obbligazione nel suo letterale rigore è stata adempiuta. Ben potrà il creditore, ove concorrano gli estremi, chiedere riparazione con una *actio ex delicto* (nel caso citato *actio doli:* fr. 7, § 3 D. 4, 3), ma la *condictio* all'uopo non serve.

448. Il debitore è quindi tenuto quando pel suo *factum* ha reso impossibile la prestazione. Il *factum* vi ha, non solo quand'egli ha operato scientemente, ma anche quando abbia operato negligentemente, senza riflettere alle probabili conseguenze del suo agire: *factum* è scambiato con *culpa in faciendo* (ad es. fr. 91 pr. e § 1 D. 45, 1). È tenuto il promittente, ancorchè abbia cagionato per semplice fatto colposo la morte del servo dovuto; cfr. quanto si è detto per la cattura da parte de' nemici (1). Se il debitore per stipulazione « nesciens se debere occiderit », Paolo non risolve il problema circa la sua responsabilità (fr. 91, § 2 cit.). Ma è lecito arguire la giusta risoluzione da quanto egli dice in altri casi simili (2), vale a dire che il debitore non è te-

---

(1) Cfr. fr. 83, § 5 *ib.*: « liberatur *si sine facto eius* res sacra esse coeperit »; cfr. fr. 51 *ib.*: « non tenetur: sufficit enim *si dolo culpave careat* ».

(2) Fr. 65, § 8 D. 12, 6: « si nesciens (manumisisti), NON teneberis »: v. fr. 39 D. 39, 6: « si... manumisit, tenetur in condictione in pretium servi, *quoniam* SCIT posse sibi condici ». Cfr. Pernice, *l. c.*, p. 273. (e II ediz., II, 2, p. 120 sg.); Ferrini, *Arch. f. dic civ. Pr.*, vol. LXXVIII, p. 329.

nuto, poichè nulla gli si può rimproverare: arg. anche fr. 22 *ib.* (1).

449. Le regole del *legatum per damnationem* erano in origine le medesime. Anche qui tutto si fa dipendere dal *factum heredis* (ad es. fr. 53, § 3 D. 30). Il deterioramento della cosa non viene come tale in considerazione, neppure se scientemente causato dall'erede (2). Ma il trattamento del fedecomesso non mancò di esercitare la sua attrazione. Una decisione di Giuliano, per cui l'erede, il quale nella scusabile ignoranza di un fedecommesso lasciato in codicillo da non aprirsi che alla sua morte un servo lo aveva manomesso, decise dovesse nondimeno l'*aestimatio* al fedecommissario, fu indi estesa anche al legato *per damnationem* (3). È da

---

(1) Pomponio (fr. 5 D. 12, 1) dice: «cum quaeratur an per te factum sit» devesi guardare anche «si aliqua iusta causa sit, *propter quam intellegere deberes te dare oportere*». V. Paul., *Sent.* 5, 7, § 4. In senso contrario Salkowski, *Vermächtnisse*, p. 328 sg. (*Glück's Fort.*, XLIX): v. pure Unger, *Handeln auf eigne Gef.*, 2 ed., § V.

(2) Se « imaginem legatam heres derasit et tabulam solvit ». Papiniano non senza titubanza ritiene che il pagamento non sia liberatorio, ma perduri l'*actio ex testamento*, « quia legatum imaginis, non tabulae fuit ». Nei casi dunque, in cui il deterioramento non altera il tipo della cosa, non può essere questione che di un'azione *ex delicto*: fr. 12 D. 34, 2.

(3) Fr. 25, § 2 D. 36, 1; fr. 112, § 1 D. 30 (= § 16 I. 2, 20: Ferrini, *Fonti delle Ist.*, p. 4 e 26 = 134. 156). L'applicazione al *leg. per damn.* pare non siasi fatta prima de' tempi di Marciano (Ferrini, *Archiv.*, *l. c.*). Il tentativo di estenderla alla stipulazione fu forse fatto; certo esso è stato respinto da Paolo: fr. 91, § 1 cit.

ritenere poi che l'erede in tale legato siasi alla fine considerato responsabile anche per le omissioni colpose (1); ma gli argomenti, che soglionsi addurre, non sono perentorii (2).

Nelle stipulazioni e legati (p. d.) diretti ad un *facere* si tiene conto di quanto il debitore ha potuto fare per l'adempimento e non ha fatto; il che del resto si determina secondo la comune diligenza degli uomini (fr. 137, § 3 D. 45, 1).

450. B. Nelle obbligazioni, in cui prevale l'elemento della *bona fides*, si distinguono due elementi fondamentali: l'*onestà* (b. f.), a cui si contrappone il dolo, e la *diligenza*, cui si contrappone la *culpa* (3).

---

(1) Pernice, *l. c.*, p. 279 (II ediz., II, 2, p. 129 sg.); Salkowski, *l. c.*, p. 230 sgg.

(2) Il fr. 108, § 12 D. 30 non parla della responsabilità dell'erede in questo legato; parla della responsabilità di chi è gravato di un fedecommesso: per costui si vennero applicando norme simili a quelle osservate « in contractibus bonae fidei ». Nel diritto giustinianeo legati e fedecommessi si unificano ed è già troppo che troviamo nei Digesti tante reliquie dell'antico trattamento; per cui nessuno crederà facilmente genuine le parole *quod verius est* in fr. 47, § 5 D. 30. V. Ferrini, *Rend. Ist. lomb.*, vol. XXXIII, fasc. di giugno.

(3) Questo è il resultato di un lungo svolgimento. P es. l'*imperitia* non era anticamente considerata come inclusa nella *neglegentia* o *desidia*; tuttavia non è dubbio che già per Celso sia inclusa nel concetto di *culpa* (fr. 9, § 5 D. 19, 2; fr. 132 D. 50, 17). Il suo trapasso nella figura della *neglegentia* è segnato da passi, come il fr. 8, § 1 D. 9, 2. Cfr. in Pernice, *l. c.*, p. 336 sg. Dove si discorre cumulativamente di una *responsabilità per culpa* e per manco *di diligentia* (o di qualche specie di diligenza: fr. 13, § 1 D. 13, 7; fr. 5, § 15 D. 13, 6; fr. 1, § 35 D. 16, 3, ecc.) s'intende per *culpa* la *culpa in faciendo*. Ferrini, *Commodato* (1894), p. 78 sg.

Cfr. fr. 68 pr. D. 18, 1: « non solum *bonam fidem*, sed etiam *diligentiam* praestare debere, idest non solum, ut a te *dolus malus* absit, sed etiam ut *culpa* ». La *culpa* è dunque la mancanza di diligenza e la diligenza (1) si misura in astratto sul tipo del *bonus paterfamilias*, che è il tipo dell'uomo normale ordinato ed attento (2). Questo dualismo fondamentale nello svolgersi della dottrina si viene complicando. Anzitutto la grande negligenza (3) (*culpa lata magna culpa*) coinvolge un cotale disprezzo dei diritti altrui, che l'approssima al dolo (4); e *nell'ambito di queste obbligazioni* fu anche per autorità de' proculiani effettivamente ad esso equiparata (5). Inoltre nel periodo adrianeo si cominciò a distinguere, sovratutto per impulso di Giuliano, dalla « diligentia.... qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet » (6) quella che il debitore adopera negli affari proprii e si ritenne che per alcune obbligazioni non si dovesse pretendere che quest'ultima (temperandosi così il rigore della norma comune) (7). Per influenza del medesimo giure-

---

(1) V'ha colpa « cum quod a diligente provideri potuerit non esset provisum »: fr. 31 D. 9, 2.

(2) Pernice, *l. c.*, p. 330 sgg.

(3) Fr. 213, § 2 D. 50, 16 (cfr. fr. 223 pr. *ib.*): « lata culpa est nimia neglegentia: idest non intellegere quod omnes intellegunt ».

(4) « Nec enim *salva fide* minorem... diligentiam praestabit »: fr. 32 D. 16, 3 (e prima *fraude non caret*).

(5) Fr. 32 cit. (ove certamente il concetto è tuttora malcerto e male espresso: Pernice, *l. c.*, p. 367 sgg.). Si parla quindi di *culpa dolo proxima*. Pei testi e la loro critica v. Pernice, *l. c.*, p. 412 sgg.

(6) Fr. 18 pr. D. 13, 6 (cfr. fr. 12 D. 18, 6).

(7) I moderni parlano di una *diligentia quam suis* e ri-

consulto si venne ad una distinzione fra' negozii in cui l'utilità era tutta del creditore (per cui bastava che il debitore si astenesse dal dolo e dalla *culpa lata*) e quelli, in cui invece l'utilità era anche del debitore o solo sua, in cui occorreva ch'egli si comportasse diligentemente (1). Questa *iuris regula* (Col. *l. c.*, § 2) ha varie applicazioni: il commodatario è tenuto per *dolo* e *culpa*, il depositario per sola *culpa lata*, il commodante per dolo solamente. Però le cose si dovrebbero considerare diversamente, se il commodato fosse nell'interesse del commodante o di entrambe le parti (2). Dolo e colpa fanno responsabili nella vendita, nel pegno, nella locazione, ecc. Però il principio non è assoluto, indica solo una tendenza che il diritto mira a far prevalere, in quanto non convergano diversi elementi. Il tutore (3), il *neg. gestor* (4), il mandatario (5) rispondono della mancanza di diligenza.

---

spettivamente di *culpa in concreto*. Questa misura è dunque più mite dell'ordinario e *non può mai condurre a più severo rendiconto di questa*. Chi è meticoloso ne' propri affari non risponde, se nel gerire gli altrui serba la comune diligenza degli uomini ordinati. Parlando di quella diligenza, dicono le fonti, che SUFFICIT *eam adhibuisse*: cfr. fr. 72 D. 17, 2 (§ 9 I. 3, 25), ecc. e sovratutto v. il Pernice, *l. c.*, p. 360-372.

(1) Cfr. fr. 62, § 5 D. 47, 2 (fr. 108, § 12 D. 30 estensione ai fedecommessi: *v. supra*); fr. 5, § 2 D. 13, 6: fr. 23 D. 50, 17; Coll. 10, 1-3.

(2) Fr. 18 pr. D. 13, 6.

(3) È questa l'eccezione, su cui si sofferma Modestino, *Coll.*, *l. c.*, 2, 3.

(4) In alcuni casi è però stabilito *dolum tantummodo versari*: fr. 3, § 9 D. 3, 5.

(5) Modestino, *l. c.*, dice però che conformemente alla regola «in mandati iudicium dolus, non etiam culpa de-

La regola poi è qualchevolta temperata nel senso che il debitore è liberato, ove non gli si possa rimproverare una mancanza della «diligentia quam suis rebus adhibet»: così il socio (1) e il comunista (2); il marito debitore della dote (3), il tutore (4).

451. C. Nelle obbligazioni, che si esplicavano mediante formule *in factum*, prevaleva il principio che il debitore non fosse tenuto, a meno che la prestazione fosse mancata per suo dolo o *l. c.* Così nell'*actio* contro il *mensor*, «qui falsum modum dixit» (fr. 1 pr. D. 11, 6); nel caso del precarista (che in diritto classico non era tenuto che coll'interdetto *de precario* e la relativa *actio in factum;* ma che in diritto giustinianeo è tenuto anche con una così detta *actio praescriptis verbis*) 5).

452. Queste regole sono di diritto dispositivo. Fin dove l'indole degli strumenti giuridici lo consente, le parti possono introdurre modificazioni: «haec ita, nisi si quid nominatim convenerit in singulis contractibus (atti giuridici); nam hoc servabitur quod initio convenerit» (fr. 23 D. 50, 17). L'u-

---

ducitur» (cfr. fr. 8, § 10 D. 17, 1). Tuttavia si parla altrove di *culpa* (fr. 10, § 1 e 22, § 11 D. 17, 1). Probabile si è che solo tardi il mandatario si tenesse responsabile per negligenza (cfr. in parte Pernice, p. 300 sg.), non però senza incongruenze.

(1) Fr. 72 D. 17, 2.

(2) Fr. 25, § 16 D. 10, 2.

(3) Fr. 17 pr. D. 23, 3.

(4) Fr. 10 D. 26, 7 (interpolato è in parte il fr. 33 pr. *ibid.*).

(5) Fr. 2, § 2 e fr. 19, § 2 D. 43, 26 (interp.: cfr. Gradenwitz, *Interp.*, p. 123 sg.).

nico limite generale è la proibizione del patto *ne dolus praestetur* (*ib.*), che si ritiene repugnante alla *bona fides*. Le parti possono quindi stabilire che colui il quale sarebbe tenuto per la semplice colpa non risponda che del dolo, ovvero che chi non sarebbe tenuto che per dolo risponda anche della colpa ed anzi anco sopporti il pericolo del caso fortuito. Forse pattuizioni di quest'ultima forma hanno segnato la via al pretore nel suo editto *de recepto nautarum*, ecc.

Il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius* sono tenuti a rispondere delle cose loro affidate ed « omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi *sine culpa eius res periit* vel damnum datum est » (1); solo si eccettua la forza maggiore (*l. c.*)

453. Si suole insegnare che tale responsabilità eccedente la colpa sia tecnicamente indicata col titolo di *custodia;* ma a torto (2). *Custodia* indica una forma di attività, che costituisce o l'esigenza della *bona fides* (contrapposta al dolo) (3) o — di regola — una forma di diligenza (4); ovvero indica

---

(1) Fr. 3, § 1 D. 4, 9.

(2) Per quanto segue v. Pernice, *l. c.* p. 339 sgg.; Baron, *Arch. f. dic civ. Pr.*, LII, p. 44 sgg. LXXVIII p. 203 sgg.; Ferrini, *Commodato*, pp. 70-97 e i citati *ibidem*.

(3) « Custodia minus plena »: fr. 2, § 1 D. 18, 6 (cfr. Stefano ad fr. 52, § 3 D. 17, 2). Del resto di regola *custodia* (quale forma di diligenza) è indice di una responsabilità eccedente quella per dolo (fr. 10, § 1 D. 13, 6).

(4) Di *diligentia quam suis* (fr. 3 D. 18, 6) ovvero (e di regola) di diligenza assoluta: § 4 I. 3, 24, fr. 2, § 1 cit. Donde si spiega l'endiade *custodia et diligentia* (*diligens custodia:* fr. 5, § 5 cfr. con § 15 D. 13, 6; fr. 36 D. 19,

la prestazione che consiste nel conservare e difendere la cosa altrui (1). Il nauta, il caupo, ecc., sebbene non ricevano direttamente la mercede per questo (ma per *traicere vectores*, ecc.), sono implicitamente tenuti anche a tale prestazione; ma questo per sè nulla indica circa il grado della loro responsabilità (2).

454. Erroneo è quindi il tentativo di estendere la responsabilità oltre la colpa ad altri casi di obbligazione, ove si afferma il dovere della *custodia*, in ispecie a quella di commodato (3). Il commodatario deve la custodia, ossia deve adibire diligenza nel conservare la cosa commodata, come il creditore pignoratizio (fr. 13, § 1 D. 13, 7), che ha fatto abbastanza, quando si è comportato come un *diligens paterfamilias* (fr. 14 ib.) (4). La sua responsabilità

---

1). Cfr. il commentario di Stefano. ad fr. 5 cit. parafrasato anche in Ferrini, *l. c.*, p. 70 sgg. Per *culpa* in antitesi a *custodia* (fr. 13, § 1 D. 13, 7, ecc.) v. quanto si è detto più sopra.

(1) *Custodia* in questo senso è oggetto del contratto di deposito (fr. 1, pr. § 9. 12. 13 e 14; fr. 6 D. 16, 3; fr. 9, § 3 D. 23, 3). In tal senso il *committere custodiae* fa parte (sebbene non sia elemento precipuo) del contratto col *nauta*, ecc. (fr. 1, § 1 D. 4, 9) e vi corrisponde il *recipere custodiam rei* (fr. 1, § 12 D. 16, 3; fr. 1, § 8 D. 4, 9).

(2) Fr. 5 pr. D. 4, 9; Ferrini, *l. c.*, p. 79-80.

(3) Ritengo gratuita l'asserzione comune che coinvolge in tale responsabilità l'*horrearius:* v. *l. c.*, p. 83, n. 1 sgg. Il fr. 11, § 17 D. 47, 2 va corretto secondo l'autorevole versione di Doroteo (*ib.*, p. 81); allora svanisce qualunque illusione.

(4) Esempi di *diligens custodia* da parte del venditore fr. 11 D. 18, 6; fr. 36 D. 19, 1. Gli argomenti messi avanti per oscurare questi testi non sono neppur degni di menzione.

pel danno dato da estranei cessa quando colla *cura et diligentia* esso non si potè evitare (1). Il commodatario risponde del furto di quelle cose che non si sogliono lasciare senza sorveglianza (2). Ma:

a) un tal furto appena può avvenire senza sua colpa; giacchè o è presente egli stesso od altri per lui, e il furto degenera in rapina, di cui egli non è responsabile (fr. 23 D. 50, 17, a meno che vi abbia colpa: fr. 2, § 22-24 D. 47, 8) ovvero la cosa è rinchiusa in casa, in un armadio, ecc. ed il furto non può avvenire senza *effractura* (fr. 3, § 2 D. 1, 15), per cui parimenti non risponde;

b) se ciò nonostante il furto è avvenuto, senza che gli si possa attribuire negligenza, non è tenuto: fr. 20, D. 13, 6 (cfr. fr. 10, § 1 e 11 *ib.*).

455. In tutte le ipotesi, in cui l'impossibilità sopraggiunta della prestazione non libera il debitore, l'obbligazione continua; ma con oggetto necessariamente mutato, come quando la prestazione fu male adempiuta. L'oggetto è ormai la rappresentazione dell'interesse patrimoniale della mancata prestazione oggetto, che talune obbligazioni (come quelle di risarcimento *ex delicto*) hanno addirittura *ab initio* e che qui costituisce la sostituzione dell'oggetto iniziale. Le regole per la maniera e la misura della determinazione di tale prestazione pecuniaria non sono le stesse per tutti i casi. Ora la determinazione è fatta dall'attore sotto il controllo del giuramento; ora direttamente dal giudice, il quale non sempre può nell'altra ipotesi modificare la determinazione

---

(1) Fr. 19 D. 13, 6 (cfr. fr. 41 D. 19, 2) Cfr. fr. 57 Digest. 9, 2.

(2) Arg. fr. 5, § 6 e § 13 D. 13, 6; Ferrini, p. 93.

del creditore (1). Ne' *bonae fidei iudicia* l'estimazione si riferisce al tempo della sentenza (2); negli altri a quello della contestazione di lite (3). Le azioni tendenti ad un *certum* non possono riferirsi che al *verum rei pretium* ossia alla *vera aestimatio* della cosa, di cui manca la prestazione (salvi i casi di litiscrescenza): così ad es. nella *condictio triticaria*. La formula ha *quanti ea res erit*, per cui «placet veram rei aestimationem fieri» (4). Clausole analoghe e analogamente interpretate hanno anche *formulae in factum* (5), se non che in queste non di raro fu ammessa una più larga interpretazione (6), quasi inevitabile nelle ipotesi nelle quali v'era la doppia formula *in ius* e *bonae fidei* ed *in factum* (Gai., 4, 46 sg.).

In senso lato s'intende pure la frase «quanti ea res est (erit)» in molte stipulazioni dirette fin *ab initio* al risarcimento. Nelle formule dirette a «quidquid dare facere oportet» si comprende naturalmente la più completa estimazione dell'*id quod interest*, ossia di tutte le conseguenze patrimoniali della mancata prestazione. Tale mancanza infatti, oltre che un effetto diretto consistente nella deficienza del vantaggio correlativo, può avere pel pa-

---

(1) Cfr. fr. 4, § 2 e fr. 5 pr. sq. D. 12, 3.

(2) Fr. 3, § 2 D. 13, 6; fr. 35 D. 17, 1 (sch. Τοῦτο *Bas.*, II, 3). Cfr. fr. 4 D. 13, 3; fr. 22 D. 12, 1 e gli altri passi citati da' bizantini (sch. in *Bas.*, II, 4).

(3) Fr. 179 D. 50, 16.

(4) Fr. 179 D. 50, 16.

(5) Fr. 193 D. 50, 16 (Lenel, *Ed.*, pag. 265); fr. 1, § 4 D. 2, 3.

(6) Cfr. per l'*actio ad exhibendum* (Lenel, p. 175); fr. 9, § 8 D. 10, 4.

trimonio del creditore una serie di effetti consequenziarii per gli spostamenti derivanti negli interessi patrimoniali, sia col venir meno di un bene preesistente (danno emergente) sia coll'impedito conseguimento di un beneficio positivo (lucro cessante): « quantum mea interfuit, idest quantum mihi abest quantumque lucrari potui » (1). Chi ha venduto *sciens* un *tignum vitiosum* od un *pecus morbosus* risponde non solo della differenza di valore fra la cosa prestata e quella che si avrebbe dovuto prestare, ma « omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit »: ad es. « si aedes vitio tigni corruerunt » o « si pecora contagione morbosi pecoris perierunt » (2).

---

(1) Fr. 13 pr. D. 46, 8. Cfr. fr. 33 D. 19, 2: « quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur ».

(2) Fr. 13 pr. D. 19, 1. Lo stesso dicasi, se taluno loca dolii guasti e si disperde il vino che il conduttore vi infonde o se è locato un prato, ove nasce *herba mala* o perisce il bestiame del conduttore che vi pascola: fr. 19, § 1 D. 19, 2. Paolo nel fr. 21, § 3 D. 19, 1 restringe *id quod interest* alla *utilitas quae circa rem consistit*. Non è del tutto chiaro il suo pensiero. Egli non vorrebbe incluso nel calcolo della *utilitas* di una mancata prestazione di grano il valore dei servi che sono morti di fame o in quello di una mancata prestazione di vino il lucro, che il creditore avrebbe potuto ricavare negoziando con esso. E parmi a ragione. Poichè la morte dei servi non deriva dalla mancata prestazione di grano, *come tale*, ma dalla fame, a cui si sarebbe potuto sopperire altrimenti e nell'altro caso trattasi di speculazioni che il creditore può fare (« potuit... negotiari et lucrum facere »), ma a cui la prestazione del debitore non è preordinata. Cfr. pure fr. 19 D. 18, 6. Non così se il debitore si fosse obbligato a fornire le merci ad un negoziante, ovvero se il creditore si fosse già vincolato ad alienare la merce a lui dovuta.

Una singolare disposizione è quella di Giustiniano, per cui nei contratti, in cui è fissata la misura di una prestazione pecuniaria (1), l'estimazione dell'*id quod interest* non può eccedere il doppio della medesima.

456. L'obbligazione si perpetua anche in causa della mora del debitore. La mora è un ritardo qualificato nell'adempimento della prestazione: essa si ha quando l'obbligazione è divenuta esigibile e il debitore «interpellatus opportuno loco non solverit» (2). Questa *interpellatio* è necessaria ancorchè l'obbligazione sia a termine (e in tal caso non può essere fatta prima del *dies* interposto *pro reo*), appunto perchè la mora *fit ex persona* (non *ex re*) e perchè l'ufficio del *dies pro reo* è solo di rendere esigibile l'obbligazione, che in seguito comincia a funzionare come quella originariamente pura (3). Essa si considera superflua solamente quando il debitore renda impossibile di compierla: fr. 23, § 1 D. 22, 1; fr. 2 D. 22, 2. Inoltre colui che ha usurpato criminosamente il possesso della cosa altrui è

(1) Tale sembra il senso delle parole «qui certam habent quantitatem vel naturam» (es., compravendita, locazione).

(2) Fr. 32 pr. D. 22, 2.

(3) Ove il *dies* sia un elemento essenziale della stessa prestazione (p. e. la fornitura di una data quantità di carne per un certo giorno di banchetto: c. 10 C. 4, 49; cfr. fr. 114 D. 45, 1), si comprende che, se si lascia trascorrere invano quel giorno, la prestazione è mancata (ll. cc.); ma questo nulla ha che fare colla mora. Le confusioni di idee in questa materia hanno condotto al principio che «dies interpellat pro homine» (difeso dal Madai, *Mora*, § 24; contro: Mommsen, *Beiträge*, III, § 11). Pel diritto giustinianeo contro il Vangerow, *Pand.*, III, § 588, n. 2, cfr. Ferrini, *Obbl.*, p. 608 e 609.

sempre *in mora* rispetto all'obbligazione di restituirla (cfr. fr. 20 D. 13, 1: «qui primo invito domino rem contrectaverit semper in restituenda ea, *quam nec debuit auferre*, moram facere»: fr. 8, § 1 *ib.*: «semper enim moram fur facere videtur»: fr. 31, § 2 *ib.*). E per vero qui sarebbe ridicolo pretendere anche una *interpellatio*, quando l'origine stessa dell'obbligazione sta nell'offesa del diritto del domino.

Viceversa l'inosservanza della *interpellatio* o dell'atto equipollente non è sempre sufficiente a costituire in mora; p. e. «qui sine dolo malo ad iudicium provocat non videtur moram facere» (1). Lo stesso dicasi de' casi, in cui il debitore non può per circostanze estrinseche adempiere all'obbligazione; p. es. perchè il creditore non è atto a ricevere il pagamento (2). Ma la mancanza di mezzi patrimoniali (sebbene scevra di colpa) non esonera il debitore dall'incorrere nella mora (fr. 137, § 4 D. 45, 1), la quale del resto non è che una modificazione della posizione del debitore.

457. Il primo effetto è quello della *perpetuatio obligationis*, per cui si continua a chiedere la prestazione divenuta impossibile (fr. 91, § 6 D. 45, 1: cfr. fr. 82, § 1 «tenetur nihilominus proinde ac si homo viveret»), ancorchè per caso fortuito: giacchè la mora impedisce che questo rechi liberazione. Se-

---

(1) Fr. 63 D. 50, 17. Cfr. fr. 24 pr. D. 22, 1: «non videtur fecisse moram, utique si iuste ad iudicium provocavit» (ossia, come spiega l'Enantiofane in *h. l.*, se ha una buona ragione per non ritenersi obbligato). Invece incorre in mora «qui litigare maluit, quam restituere»: fr. 82 § 1 D. 45, 1.

(2) Fr. 17, § 3 D. 22, 1; cfr. fr. 5 D. 12, 1.

condo il diritto giustinianeo per altro non si condannava il convenuto, se il perimento della cosa sarebbe ugualmente avvenuto presso l'attore, qualora essa gli fosse stata a tempo debito restituita (1). Nelle obbligazioni di *b. f.* poi il debitore deve *post moram* anche i frutti e proventi della cosa e, trattandosi di un debito pecuniario quantunque infruttifero, gl'interessi (2). Questi interessi moratorii rientrano nella categoria di quelli dovuti *officio iudicis* (v. avanti): i quali non si possono chiedere separatamente, ma si esplicano in occasione della domanda principale (3). La mora si può purgare offrendo tutto il pagamento dovuto in maniera da costituire il creditore in *mora accipiendi* (v. avanti). In tal caso almeno il rischio per il perimento o deterioramento fortuito è trasferito nel creditore (fr. 91, § 3 D. 45, 1).

---

(1) P. e. la cosa depositata «sua natura ante rem iudicatam intercidit»: il passo è precisamente interpolato dove si accenna alla mora, cfr. Pernice, *Labeo*, 2, 2[2], p. 140 (fr. 14, § 1 D. 16, 3). Cfr. fr. 12, § 4 D. 10, 4; fr. 14, § 11 D. 4, 2; fr. 15, § 3 D. 6, 1 e le osservazioni del Pernice. Una tale risoluzione sarebbe stata poi nel diritto classico impossibile di fronte al meccanismo di una *formula certa*. A torto (ad es. Dernburg, *Pand.*, II, § 41, nr. 2) si argomenta dal fr. 37, § 6. Ivi non si dà che una ragione pratica che giustifica la *perpetuatio*; non s'intende di segnare i limiti, in cui questa si verifica.

(2) Fr. 32, § 2 D. 22, 1: «in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur». Gai., 2, 280: «ita fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit». Giuliano (*ibid.*) ha fatto valere lo stesso trattamento pel *legatum sinendi modo*.

(3) Fr. 49, § 1 D. 19, 1: «pretii sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur».

CAPO IV.

MUTAMENTI NELL'OBBLIGAZIONE.

458. L'obbligazione *dura* (come si esprimono le fonti) nonostante che in molti casi si abbiano dei mutamenti nell'oggetto. Tali mutamenti sono a noi in gran parte già noti e possono consistere:

a) nella totale o parziale sostituzione di un oggetto ad un altro (casi di *perpetuatio obligationis*), per cui alla originaria prestazione si sostituisce in tutto od in parte quella dell'estimazione pecuniaria;

b) nella diminuzione dell'oggetto in seguito a qualsiasi causa di estinzione parziale dell'obbligazione e conseguente liberazione parziale del debitore;

c) nell'incremento dell'oggetto, quando si viene aggiungendo qualche elemento al contenuto della prestazione dovuta. Tale incremento può dipendere da cause naturali (p. e. dalle alluvioni, che accrescono la misura del fondo, la cui proprietà deve essere trasmessa), può dipendere da cause giuridiche, per cui oltre la cosa inizialmente dovuta siano dovuti i frutti di essa, gli altri proventi o (trattandosi di denaro) gl'interessi (*usurae*).

459. Gl'interessi (1) sono una quantità di fungi-

---

(1) Savigny, *System*, VI, § 268 sg. Wangerow, *Pand.*, I, § 76 sg. Carus, *Die selbst Klagbarkeit der ges. Zinsen* (1876). Fadda nella *Riv. ital. di sc. giur.*, II, fasc. 3, e III, fasc. 1.

bili da prestarsi dal debitore a determinati periodi in compenso del ritardato pagamento di una maggiore quantità principalmente dovuta (1) e in costante rapporto con questa. Qui intendiamo pagamento *ritardato* secondo i casi, con o senza la volontà delle parti.

460. Gli interessi possono essere stabiliti mediante negozio giuridico (contratto, testamento: erronea è l'appellazione comune di «interessi convenzionali») ovvero determinati da norma giuridica.

Inter vivos le parti possono far decorrere gli interessi mediante stipulazione o patto. La stipulazione è necessaria se il contratto principale è munito di un'azione di stretto diritto (specialmente il *mutuo*: *fenus*). In tal caso la stipulazione può comprendere i soli interessi; può invece assumere in sè anche il capitale (*stipulatio sortis et usurarum*): ad es. «denarios centum quadraginta sortis et eorum usuras ex ea die singulas centesimas... id utrumque probos recte dari fide rogavit Anduenna Ba-

---

(1) Nella c. 25 C. 4, 32 si parla di *vesti* dovute e di *licitae usurae*. V. una emendazione in Ihering, *Jahrb. f. Dogm.*, XII, p. 334 sg. Una spiegazione meno persuasiva in Kniep, *Praescriptio und pactum*, p. 133. Io credo coi Greci (Teodoro in *Bas.*, II, p. 730) che si tratti di oggetti *estimati*, di cui è dovuta la *aestimatio*. Si pensi alle *usurae* dovute dal marito pel ritardo nella restituzione di una *dote estimata* e si pensi che in dote siano stati dati *aurum, argentum, vestis*. È notevole che sono appunto tali gli ordinarii oggetti dei contratti matrimoniali nei papiri egizii (*Corpus pap. Rain.*, I, p. 121 n. 21, l. 7 sgg.; p. 130 n. 23 l. 5, l, 17 sqq., ecc.). Circa al fr. 17, § 8 D. 22, 1 l'Anonimo, *Bas.*, II, p. 699 rinvia al fr. 5 pr. D. 50, 10 e cioè al presupposto della somma di denaro occorrente.

tonis, dari fide suo promisit Iulius Alexander » (1). Il puro patto aggiunto al mutuo non crea, come si è visto, che l'irripetibilità degli interessi soluti. Fanno però eccezione il *foenus nauticum* (2), i mutui fatti dalle amministrazioni municipali (3), quelli di derrate alimentari (4), nei quali il semplice *pactum de usuris praestandis* sotto l'impero diventa produttivo di azione (5). Invece nei *contractus bonae fidei* nulla vieta, che le *usurae* si abbiano a stabilire efficacemente mercè un *pactum adiectum*.

461. Il tasso degli interessi ebbe sempre un limite massimo (6). Nel periodo classico esso è del 12 % (1 % al mese: *usurae centesimae*) e questo massimo è molto superiore all'interesse corrente. Giustiniano abbassò il limite massimo al 6 % (riserbato il 12 % al *fenus nauticum*) estensibile all'8 % se il mutuo fosse fatto da commercianti, ridotto al 4 % se fatto da *personae illustres* e a poco più del

---

(1) Trittico in *Corp. inscr. l.*, III, n. 930 (cfr. n. 934 *ib.*).

(2) Fr. 7 D. 22, 2.

(3) Fr. 30 D. 22, 1.

(4) c. 11 (12), c. 23 C. 4, 32.

(5) Lo stesso vale in diritto nuovo (Nov. 136, 4) pei prestiti fatti dai banchieri.

(6) Sulla relativa storia cfr. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 552 segg. Il *maximum* legale non si applicava al *fenus nauticum* per cui si tolleravano anche maggiori interessi in vista del pericolo grave, che incontrava colui che mutuava denaro per le speculazioni oltremarine. Inoltre tutti i testi che parlano di tale limite accennano ai soli mutui di denaro. Per il primo Costantino fissò per i mutui in derrate il massimo del 50 % (c. 1 C. Th. 2, 33); Giustiniano una misura molto più bassa: c. 26 C. 4, 32 e Nov. 34.

bili da prestarsi dal debitore a determinati periodi in compenso del ritardato pagamento di una maggiore quantità principalmente dovuta (1) e in costante rapporto con questa. Qui intendiamo pagamento *ritardato* secondo i casi, con o senza la volontà delle parti.

460. Gli interessi possono essere stabiliti mediante negozio giuridico (contratto, testamento: erronea è l'appellazione comune di «interessi convenzionali») ovvero determinati da norma giuridica.

Inter vivos le parti possono far decorrere gli interessi mediante stipulazione o patto. La stipulazione è necessaria se il contratto principale è munito di un'azione di stretto diritto (specialmente il *mutuo*: *fenus*). In tal caso la stipulazione può comprendere i soli interessi; può invece assumere in sè anche il capitale (*stipulatio sortis et usurarum*): ad es. «denarios centum quadraginta sortis et eorum usuras ex ea die singulas centesimas... id utrumque probos recte dari fide rogavit Anduenna Ba-

---

(1) Nella c. 25 C. 4, 32 si parla di *vesti* dovute e di *licitae usurae*. V. una emendazione in Ihering, *Jahrb. f. Dogm.*, XII, p. 334 sg. Una spiegazione meno persuasiva in Kniep, *Praescriptio und pactum*, p. 133. Io credo coi Greci (Teodoro in *Bas.*, II, p. 730) che si tratti di oggetti *estimati*, di cui è dovuta la *aestimatio*. Si pensi alle *usurae* dovute dal marito pel ritardo nella restituzione di una *dote estimata* e si pensi che in dote siano stati dati *aurum, argentum, vestis*. È notevole che sono appunto tali gli ordinarii oggetti dei contratti matrimoniali nei papiri egizii (*Corpus pap. Rain.*, I, p. 121 n. 21, l. 7 sgg.; p. 130 n. 23 l. 5, l, 17 sqq., ecc.). Circa al fr. 17, § 8 D. 22, 1 l'Anonimo, *Bas.*, II, p. 699 rinvia al fr. 5 pr. D. 50, 10 e cioé al presupposto della somma di denaro occorrente.

tonis, dari fide suo promisit Iulius Alexander » (1). Il puro patto aggiunto al mutuo non crea, come si è visto, che l'irripetibilità degli interessi soluti. Fanno però eccezione il *foenus nauticum* (2), i mutui fatti dalle amministrazioni municipali (3), quelli di derrate alimentari (4), nei quali il semplice *pactum de usuris praestandis* sotto l'impero diventa produttivo di azione (5). Invece nei *contractus bonae fidei* nulla vieta, che le *usurae* si abbiano a stabilire efficacemente mercè un *pactum adiectum*.

461. Il tasso degli interessi ebbe sempre un limite massimo (6). Nel periodo classico esso è del 12 $^0/_0$ (1 $^0/_0$ al mese: *usurae centesimae*) e questo massimo è molto superiore all'interesse corrente. Giustiniano abbassò il limite massimo al 6 $^0/_0$ (riserbato il 12 $^0/_0$ al *fenus nauticum*) estensibile all'8 $^0/_0$ se il mutuo fosse fatto da commercianti, ridotto al 4 $^0/_0$ se fatto da *personae illustres* e a poco più del

---

(1) Trittico in *Corp. inscr. l.*, III, n. 930 (cfr. n. 934 *ib.*).

(2) Fr. 7 D. 22, 2.

(3) Fr. 30 D. 22, 1.

(4) c. 11 (12), c. 23 C. 4, 32.

(5) Lo stesso vale in diritto nuovo (Nov. 136, 4) pei prestiti fatti dai banchieri.

(6) Sulla relativa storia cfr. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 552 segg. Il *maximum* legale non si applicava al *fenus nauticum* per cui si tolleravano anche maggiori interessi in vista del pericolo grave, che incontrava colui che mutuava denaro per le speculazioni oltremarine. Inoltre tutti i testi che parlano di tale limite accennano ai soli mutui di denaro. Per il primo Costantino fissò per i mutui in derrate il massimo del 50 $0[_0$ (c. 1 C. Th. 2, 33); Giustiniano una misura molto più bassa: c. 26 C. 4, 32 e Nov. 34.

quale appendice della prestazione principale, in quanto questa si presenti tuttavia esigibile (1).

Quando si debba calcolare il valore pecuniario di un credito non ancora scaduto, si deve tener conto di ciò che il denaro può nel frattempo produrre (*interusurium*) (2).

464. Un mutamento nei soggetti dell'obbligazione non era ammissibile nell'antico diritto romano (prescindendo dai casi tutt'affatto particolari di obbligazioni ambulatorie) che per successione universale: « non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem » (3). Gaio insegna chiaramente che non vi ha un mezzo per trasferire a titolo particolare un'obbligazione: dopo avere detto de' modi atti a trasferire il dominio aggiunge che « obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt » e che per ottenere un intento praticamente non dissimile occorre fare una novazione; estinguere cioè l'antica obbligazione e colla sua sostanza crearne una nuova fra soggetti diversi (4).

---

torie e anco actio venditi, ecc. » (occorrendo, colle opportune *praescriptiones*).

(1) Fr. 49, § 1 D. 19, 1; fr. 54 pr. D. 19, 2; fr. 60 (58) pr. D. 36. 1. V. sovratutto c. 4 C. 4, 34: « si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri »

(2) Si pensi al computo del patrimonio o de' legati di fronte alla legge falcidia; all'estimazione dei crediti per la *lex anastasiana* e così via. Sulle dispute dei moderni circa il modo di operare tale computo v. Vangerow, *Pand.*. III, § 587. Un modo alquanto grossolano di disconto è indicato nel fr. 88, § 3 D. 35, 2.

(3) Fr. 25, § 2 D. 7, 1. Ed anzi la successione passiva è possibile a rigore soltanto per via ereditaria: Gai. 3, 83 sgg.

(4) Gai., 2, 38 sq. Nel testo si dice *effetti non dissimili*.

Questa impossibilità di traslazione subbiettiva si rannoda strettamente al modo di considerare l'obbligazione come un rapporto essenzialmente collegato alle persone: essa peraltro doveva produrre gravi inconvenienti, per quanto concerne il negato trapasso de' crediti, allorchè crebbero e si svilupparono le esigenze economiche e sociali e non dobbiamo stupirci che siansi escogitati all'uopo indiretti artificii (1).

465. Nella procedura formulare il cognitore o il procuratore intentano l'azione assumendo l'*intentio* dalla persona dell'attore e facendo convergere la condanna a proprio favore; quando si tratti di *cognitor* o di *procurator praesentis* ovvero *apud acta factus* non si esige cauzione di rato.

Era abbastanza naturale di valersi di questa figura, costituendo colui, al quale si era ceduto il

---

Non si può infatti parlare di effetti uguali, poichè vengono meno colla novazione le garanzie accessorie, cessano gli effetti della mora, si sospende il decorso degli interessi, ecc. In proposito non sono esatte le considerazioni del Salpius, del Gide e dell'Eisele negli scritti citati nella nota seguente; nonchè del De Ruggiero, *Delegazione*, cap. III, § 3. Nel diritto nuovo la stipulazione del delegato non sempre ha piena forza consuntiva (cfr. Riccobono, *Bullettino dell'Ist. di diritto romano*, VIII, p. 210): ciò è in correlazione da una parte coll'intorbidarsi del concetto della novazione, dall'altra coll'indebolirsi del principio dell'intrasmissibilità. Va inoltre notato che la *delegatio* non può compiersi senza la volontà del debitore da delegarsi.

(1) Mühlenbruch, *Lehre von d. Cession* (3 ed.), 1836; A. Schmid, *Grundlehren der Cession*, 2 vol. (1863, 1866); Ferrini, *Enc. giur. it.*, XII, p. 507 sg. Cfr. pure Salpius, *Nov. und Deleg.*, p. 341 sgg.: Gide, *Novat. et trasp. des cr.*, p. 231 sgg.; Eisele, *Actio utilis des Cessionars*, 1887.

credito (cessionario), quale *cognitor* o procuratore (1), ed esonerandolo dal rendiconto verso il costituente (« cognitor in rem suam, proc. in r. s.); «non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri» (Gai. 2. 39). In tale maniera il cessionario esperisce proprio l'azione del cedente, di cui conserva quasi tutti gli accessorii e tutte le garanzie, senza liberare il debitore dalla mora e suoi effetti e senza bisogno dell'assenso di quest'ultimo. Ma d'altra parte è da considerare che il *dominium litis* non si consolida nel rappresentante che mediante la *litis contestatio*; prima di quest'epoca il cedente può esigere, condonare, novare, ecc. il credito a tutto danno del cessionario (2). Inoltre prima di tale epoca non sussiste che il fragilissimo rapporto di mandato; esso può essere unilateralmente revocato (3) e inoltre vien meno per la morte di una delle parti (4). Si aggiunga che per la stessa indole del mezzo (rappresentanza giudiziaria) non si possono acquistare crediti altrui per l'opera de' servi, nè per opera di coloro che non hanno capacità di stare per altri in giudizio nè per coloro che non possono agire per mezzo di rappresentanti. E finalmente si pensi alla necessità (per consolidare il nuovo rapporto) di ricorrere alla *litis contestatio*; anche quando non ci sarebbe la necessità del processo, non che alla conseguenza che dopo di essa la lite suole *expirare* in termini abbastanza brevi.

(1) *Praesentis* o *apud acta:* non rettamente ad es. Sintenis, *Prakt. gem. Civ. Rt.*, II², p. 790. Il *proc. in rem suam* acquistava anche l'*actio iudicati.*

(2) Fr. 23, § 1 D. 18, 4; fr. 19, *ibid.;* c. 3 C. 8, 41 (42).

(3) Gai., 3, 159; § 9 I. 3, 26, ecc.

(4) c. 1 C. 4, 10 (v. avanti); c. 22 e 23 C. 2, 12 (13) (evidentissimo argomento *a contrario*).

466. Uno di tali inconvenienti fu rimosso nel diritto nuovo, per cui, se il cessionario avesse *denunciato* (ossia avesse intimata od oralmente avanti a testi o per iscritto) l'avvenuta cessione al debitore o questi l'avesse in qualunque modo riconosciuta (ad es. con un pagamento parziale fatto al cessionario), il cedente non poteva più disporre in modo alcuno del credito (1).

467. In altra e più proficua maniera si è cercato di mettere rimedio, concedendo al cessionario del credito di agire in persona propria, con azione utile. Ma anche questo rimedio non si attua con larghezza che nel diritto nuovo; nel diritto classico esso non ha che pochi e sporadici precedenti. Su questa azione utile regnano incertezze ed errori: ne ha fatto un ampia rassegna l'Eisele nel citato lavoro, sostituendo però una sua opinione veramente infelice, per cui l'*actio utilis* conterrebbe una finta delegazione (2). Senza addentrarci nella critica minuta di tante dottrine, diremo brevemente la nostra opinione: gli argomenti di quella e di questa abbiamo altrove esposti largamente (3).

---

(1) Coerentemente fu interpolata la c. 3 C. 8, 41 (42): «si delegatio non est interposita debitoris tui *ac propterea actiones apud te remanserunt*, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur (vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit) exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem adversus eum inhibere». L'emblema è tradito anche dalla mala *consecutio temporum: acceperit* o *denuntiet* si attenderebbe. Anche *debitori tuo* tradisce l'emblema. Se le parole fossero genuine, si direbbe poi *exigere ab eo*, ecc.

(2) *Actio utilis d. C.*, p. 20 sgg.

(3) *Encicl.* cit., p. 508-515 *et alibi passim*.

408. In tutti i casi, in cui, vigente la procedura formulare, si è voluto far trapassare una obbligazione da una persona in un'altra, l'amminicolo adoperato fu quello della finzione che colui nel quale trapassava il credito od il debito fosse erede dell'originario creditore o debitore. Questo ha luogo per il *bonorum possessor* (1), questo ha luogo nella formula serviana, colla quale il *bonorum emptor* agisce contro i debitori del fallito (2). Ugualmente istruttive sono le notizie che Gaio e l'indice greco delle Istituzioni ci danno intorno al fedecommissario universale. La *restitutio hereditatis* si faceva mediante una compravendita formale (*nummo uno*) e si interponevano reciproche stipulazioni, per cui l'erede si assicurava l'indennità di quanto avrebbe dovuto pagare *nomine hereditario* e il fedecommissario si assicurava « ut (heres) etiam pateretur eum *hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi* ». L'erede cioè si obbligava a *mandare actiones* nel modo già insegnato: Gai, 2, 252. Questa condizione di cose fu modificata dal S. C. Trebelliano, per cui furono rese superflue quelle stipulazioni e quel mandato *ad agendum:* in base al S. C. « praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem *quasi heredi et in heredem* dare coepit » (3).

---

(1) Gai., 4, 34 : « is qui ex edicto bonorum possessionem petiit *ficto se herede* agit... itaque *ficto se herede* intendit, velut hoc modo... si vero de debito agatur, *praeposita simili fictione*, intentio ita subicitur... »

(2) Gai., 3, 81 ; 4, 35 : « similiter et bonorum emptor ficto se herede agit ».

(3) Gai., 2, 253. *Par. delle Ist.*, II, 23, § 4 (ed. Ferrini, I, p. 210 sg.), ove giusta la mia versione si legge: « praetor senatusconsultum subsecutus utiles actiones,

L'antico sistema si applicò in tutti i casi, in cui l'erede non faceva la restituzione integrale, trattenendo la quarta *ex S. C. pegasiano*, giacchè allora il fedecommissario assimilato nel trattamento ai legatarii non avrebbe potuto assumere neppure fittiziamente la veste di erede. Antonino Pio, interpretando il S. C. Trebelliano, è arrivato a concedere le stesse *utiles actiones* pro e contro l'*emptor hereditatis* e per vero non c'era ragione di considerare questo in modo diverso dal fedecommissario, che pure *emit hereditatem* (1). È molto dubbio che a' tempi della procedura formulare si procedesse oltre; tutt'al più, se è genuina la c. 1 C. 4, 10 (2), si può pensare che venisse data l'*actio utilis* al cessionario, quando il cedente fosse morto senza eredi, nella quale ipotesi non era arduo fingere che il cessionario stesso rispetto alla persecuzione del credito fosse erede (3).

---

idest per fictionem ei et in eum qui hereditatem receperit, quasi heres esset, dare coepit: unde ita agens intenderet *si heres essem*, tum si hunc dare oporteret ».

(1) Fr. 16 pr. D. 2, 14...: « rescriptum est a divo Pio *utiles actiones emptori hereditatis* dandas... ». All'*emptor hereditatis* si riferiva in origine l'alterato fr. 55 D. 3, 3, come prova anche il plurale *utiles actiones*. Il testo originario doveva dire ad un dipresso: « Emptore hereditatis in rem suam cognitore dato, praeferendus non est heres emptori, etc. »; il testo attuale comincia: « procuratore in rem suam dato » (chi?).

(2) Già ne dubita il Salpius, *Novation u. Del.*, p. 398 sg. Ferrini. *l. c.*, pag. 507.

(3) A' tempi di Diocleziano il semplice *emptor nominis* o colui che aveva avuto un *nomen in solutum* non potevano agire che coll'*actio mandata:* c. 5 C. 4, 15: « in solutum nomine dato, *non aliter nisi mandatis actionibus*

469. È invece altrettanto sicuro che l'*actio utilis* fu largamente ammessa nel diritto nuovo; probabilmente dalla stessa prassi favorita dalla maggior libertà formale della *cognitio extra ordinem*. *Actio utilis* ormai non differisce in sostanza da *actio directa* (1); si tratta di un mero ricordo storico che illumina la strada percorsa nel graduale svolgimento. Tale *actio utilis* già prima di Giustiniano fu data all'*emptor nominis*, a chi aveva avuto in dote un *nomen* al legatario di un *nomen*, a chi aveva avuto un *nomen in solutum*, ecc. (2). Nei casi, in cui ancora la prassi non aveva estesa l'*actio utilis*, si poteva impetrare al principe il *ius contestationis*, per cui il cessionario si considerava come investito esclusivamente del credito, come se avesse contestato la

---

ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest». Segue una chiusa così malamente interpolata, che contraddice recisamente a quanto precede. Evidente è l'interpolazione nella c. 18 C. 6, 37 dello stesso imperatore, ciò che prova come anche il legatario di un *nomen* non avesse altro mezzo che le *actiones mandatae*. Ancora meglio si palesa la mano interpolatrice nella c. 2 C. 4. 10 (secondo cui Gallieno conoscerebbe come istituti da tempo applicati le *actiones utiles* dell'*emptor nominis* e del marito che ha ricevuto un *nomen* in dote!). Basti dire che si deve dare, secondo l'attuale lezione del rescritto, l'«*utilis actio* quamvis... nec litis contestatio subsecuta sit»!

(1) Ciò è detto con tutta la chiarezza possibile nell'interpolato fr. 46, § 1 D. 3, 5.

(2) Le interpolazioni surriferite paiono appunto confermare una prassi preesistente. Qualche dubbio circa l'estensione di questa può per altro nascere in chi consideri l'esposizione degli stessi compilatori in § 7 I. 2, 23 (cfr. Ferrini, *l. c.*, p. 514).

lite (1). Giustiniano estese poi l'*actio utilis*, anche al donatario del credito (2). La conclusione è, che se nel diritto classico si ignora un trapasso vero e proprio delle obbligazioni ed il cessionario acquista solo la *facoltà di esercitare un credito altrui*, nel diritto nuovo questo trapasso viene interamente accolto e non si trova difficoltà che perduri una obbligazione, nonostante lo scambio dei soggetti in forza di successione a titolo singolare (3).

470. La cessione delle azioni si opera anzitutto per effetto di un negozio giuridico *inter vivos* o *mortis causa*. Nel diritto classico un tale negozio soleva produrre solo l'obbligo nel cedente di *mandare actiones:* all'uopo il cessionario poteva agire coll'azione corrispondente al negozio messo in attività: «actio ex stipulatu, ex vendito, ecc.». Nel diritto nuovo invece il negozio giuridico diretto alla cessione suole produrre effetti immediati: il cessionario *denunzia* al debitore ceduto la cessione avvenuta e del resto può esigere senz'altro il credito o altrimenti disporne. Un *mandatum ad agendum in rem propriam* non era spesso considerato superfluo: esso giovava in ogni modo per la più facile e spedita *legitimatio ad causam*. Anche il giudice può ordinare che s'interpongano stipulazioni e mandati *ad*

---

(1) «Nisi litem ex his contestati essent, vel ius contestationis divino rescripto meruissent»; c. 33 pr. Cod. 8, 53.

(2) Loc. cit.

(3) La contraria tesi del Mühlenbruch (*op. cit.*) accolta dal Sintenis, *Prakt. gem. Civ. Rt.*, II², p. 790, dal Vangerow, *Pand.*, III, § 571 e da molti altri riposa su una falsa rappresentazione dell'*actio utilis*.

agendum per attribuire un intero credito o debito ad uno dei condividenti (1).

471. In non pochi casi poi vi ha l'obbligo di cedere ad altri un credito acquistato in proprio. Tale cessione deve fare al principale colui che ha acquisito un credito nell'adempimento di un mandato (2), il venditore pei crediti attinenti alla cosa sorti *post venditionem* (3): colui, il quale risarcisce un danno di cose rovinate o perdute, può chiedere che gli vengano cedute le azioni contro gli autori del danno (4), e analogamente deve dirsi di colui, il quale in forza di precetto giuridico è tenuto a pagare un debito sostanzialmente alieno (5). Nel diritto nuovo qui appare talora data l'*actio utilis* senz'altro (e cioè senza bisogno di verun atto

---

(1) Fr. 3 D. 10, 2: «nec tamen scilicet haec adtributio efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo *partim procuratorio nomine agat*; sive cum eo agatur, partim suo partim *procuratorio nomine conveniatur*». È notevole come il passo non sia stato alterato dai compilatori: cfr. fr. 2, § 5 *ib.*: evidentemente quanto si dice ivi sul subingresso ne' debiti ha impedito che si mutasse quanto stava scritto sulla traslazione dei crediti.

(2) Fr. 8, § 10 D. 17, 1: «puto sufficere si mihi has actiones cedas, *ut procuratorem me in rem meam facias*»; cfr. fr. 27, § 5 *ib.*

(3) Fr. 13, § 12 D. 19, 1; fr. 14 pr. D. 47, 2. Circa alla cosa legata: fr. 15 pr. D. 9, 2.

(4) Fr. 25, § 8 D. 19, 2; fr. 12 D. 42, 1.

(5) Questo si ottiene o con minaccia di inserzione di una *exc. doli* o anche (se l'azione lo consenta) per diretta esplicazione dell'*officium iudicis*: fr. 19 D. 19, 2; fr. 1, § 13 D. 27, 3 e § 18 *ib.*; fr. 17 e 41, § 1 D. 46, 1, ecc.

apposito di cessione) a colui, al quale si vuole trasmettere il credito (1). Dogmaticamente questo principio del diritto nuovo (che forse ha avuto qualche precedente nei casi, in cui già nel diritto classico si agiva *extra ordinem*) è molto notevole; esso significa che, come del resto sappiamo, gli effetti di un negozio giuridico non sempre si arrestano nella persona di coloro che vi partecipano: ma possono trascendere tale sfera soggettiva. Altrove incerta e sotto la trasparente figura dell'*utilis actio* spunta e si afferma la rappresentanza diretta, per cui il rappresentato può senz'altro far valere i crediti dal rappresentante acquisiti o essere convenuto per le obbligazioni da questo incontrate.

472. Come si è visto, nel diritto classico «ante litis contestationem» il cessionario ben può esigere il credito, può validamente pattuire *de non petendo* (fr. 13 D. 2, 14); ma non può impedire direttamente gli atti di disposizione del cedente nè l'interruzione del mandato nè cedere a sua volta (2). Colla

---

(1) Interpolazioni: fr. 27, § 1 e 28 D. 3, 3; fr. 12, § 1 D. 20, 5 (Ferrini, *l. c.*, p. 520) ed in moltissimi altri testi V. l'esegesi di essi al *l. c.* Spesso è data *actio utilis* ove per diritto classico non erano possibili che *actiones mandatae:* talora è inserito *utilis*, mentre il testo genuino dava un'azione ordinaria (p. e. in c. 4 C. 4, 2 si trattava di una *condictio* normale: Ferrini: p. 522 sg.): talora si tratta di *actiones utiles* in altro senso, sovratutto di adattamenti dell'*actio negotiorum gestorum*.

(2) Infatti egli dovrebbe all'uopo *mandare actiones*, mentre osta il principio «procuratorem ante litem contestatam procuratorem facere non posse»: fr. 8, § 3 Digesto 17, 1; c. 8 C. 2, 12 (13) cfr. c. 33 C. 8, 53 (54). Io credo che nemmeno possa *accettilare*, poichè non esiste un *dare oportere* a suo favore.

litis contestatio diventa invece *dominus litis:* il suo rapporto ormai non è revocabile ed è trasmissibile: può anche cedere l'azione contestata (1). Dubbio è se col regime dell'*actio utilis* il cedente possa ancora prima della contestazione di lite da parte del cessionario disporre del credito (2). Nelle fonti troviamo molte decisioni in senso affermativo; ma tutte presuppongono il regime dell'*actio mandata*, sebbene nel diritto giustinianeo sia ormai costante il regime dell'*actio utilis*. Che questo importi un diverso trattamento, sembra consentaneo. Per le *actiones utiles* concesse all'*emptor hereditatis* è attestato nel fr. 55 D. 3. 3 (sulle cui alterazioni v. *supra*), che esso ha la preferenza « in litem movendam vel pecuniam suscipiendam »; gli atti del cedente qui vengono solo tenuti fermi nel caso di ignoranza del debitore ceduto per impedire il nocumento, che a costui deriverebbe (3): del rimanente dopo la cessione qui nulla può fare il cedente (4). Nel diritto nuovo, in cui l'*actio utilis* diventa generale, sembra che appunto si distinguesse se il ceduto fosse o no consapevole dell'avvenuta cessione. La sua scienza era accertata o pel fatto della *denuntiatio* o per quello dello spontaneo riconoscimento da parte sua (ad es. con un pagamento parziale fatto al cessionario). Questo è tutto il significato della parte interpolata della c. 3 pr. C. 8, 41 (42): « antequam... aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntia-

(1) Fr. 17 pr. fr. 25 D. 3, 3. Cfr. l'*interpretatio* ad c. 1 C. Th. 2, 12 (Schmid, *o. c.*, p. 114).

(2) Windscheid, *Pand.*, II, § 331, n. 4; Ferrini, *l. c.*, p. 531 sg.

(3) Fr. 17 D. 2, 15.

(4) Arg. fr. 104 D. 46, 3.

verit», a cui si è sempre data una esagerata importanza (1).

473. Nel regime dell'*actio mandata* il cessionario era tenuto anche a difendersi contro le riconvenzionali in base alla nota norma dell'Editto: fr. 33 § 5 e fr. 70 D 3, 3. Nel regime dell'*actio utilis* ciò non appare più da ammettere, neppure se per maggiore comodità di *legitimatio* il cessionario si fa mandare le azioni; poichè, avendo egli ormai anche un diritto proprio di agire, è manifesto che l'azione mandata non è un rimedio formale (come la *rutiliana* accanto alla *serviana* pel *bonorum emptor*): fr. 34 *ibid.* (2). Al cessionario del resto si possono opporre le stesse eccezioni che si sarebbero potute opporre al cedente (3); *tutte* nel regime dell'*actio mandata;* quelle non strettamente *personae cohaerentes* nel regime dell'*actio utilis* (4). Tale almeno sembra l'opinione probabile nel silenzio delle fonti da cui nulla si ricava anche rispetto al *beneficium competentiae* (5).

474. Nel regime dell'*actio mandata* gli accessorii del credito vanno trasferiti con atti appositi, a cui

---

(1) Esagera ad es. Windscheid, *Actio*, p. 141 sgg., 187 sgg. Meglio Eisele, *Die actio ut. des C.*, p. 49 sgg.

(2) Ove si discorre dell'*emptor hereditatis*, che al tempo di Gaio ha le *actiones utiles*.

(3) Fr. 5 D. 18, 4. Naturalmente non si discorre delle mere eccezioni di ordine.

(4) «Exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit»: fr. 4, § 33 D. 44, 4. Lo stesso dicasi dell'*exceptio pacti*, se il patto fu conchiuso rigorosamente *in personam*.

(5) Schmid, *o. c.*, II, p. 411. Vangerow, *Pand*, III, § 575, n. 1. Sintenis, *o. c.*, II, p. 816. Ferrini, *o. c.*, p. 537.

il cedente è tenuto in forza delle azioni scaturienti dal negozio giuridico che lo obbliga al trasferimento del credito stesso. Così il pegno (1), così — trattandosi di un credito verso un *filiusfamilias* — le azioni addiettizie (2), così quelle contro gli *intercessores* (3), ecc. Nel regime dell'*actio utilis* è invece da ritenere che appositi atti di trasferimento non fossero necessarii (4).

475. Nel regime dell'*actio mandata* il cessionario fa valere i privilegi in senso lato del cedente (5), così ad es. per quanto riguarda il decorso delle usure, le ipoteche legali, ecc.; lo stesso non può dirsi però per que' privilegi, che accompagnano l'*actio iudicati* (6), dove il *procurator in rem suam* fa valere anche formalmente un proprio diritto. Nel regime dell'*actio utilis* il cessionario non può valersi dei privilegi del cedente, che in quanto i loro effetti si siano già maturati o consolidati presso quest'ultimo.

476. Gli effetti ordinari della cessione sono pel diritto nuovo molto limitati dalla c. d. *lex anastasiana* (c. 22 C. 4, 35) per cui chi acquista a titolo di compravendita un credito altrui non può esigere dal *debitor cessus* più di quanto ha pattuito come prezzo verso il cedente (7).

---

(1) Fr. 6 D. 18, 4: c. 6 C. 4, 10; c. 11 § 1 C. 8, 40 (41

(2) Fr. 14 pr. *ib.*

(3) Fr. 23 pr. *ib.*

(4) Arg. c. 7 C. 4, 10 *interpol.*

(5) Fr. 43 D. 22, 1; c. 2 C. 8, 18 (19).

(6) Fr. 42 D. 26, 7.

(7) Contro una *fraus* escogitata alla legge è scritta la c. 23 *ib.* di Giustiniano. Circa l'onere della prova v. Glück, *Erl. der. Pand.*, vol. XVI, p. 471; Ferrini, *l. c.*, p. 540 sgg.

477. Non tutti i crediti si prestano ad essere ceduti. Non si prestano:

a) quelli che mirano ad attribuire una *soddisfazione affatto personale* a chi ha subìto un torto: fr. 13 pr. fr. 23 D. 47, 10: fr. 1, § 8 D. 38, 5. Lo impedimento al transito vi ha del resto solo nel regime dell'*actio utilis* (1): l'*actio mandata* è per sè possibile, giacchè si può costituire un procuratore nelle azioni correlative (§ 10 I. 4, 4);

b) quelli che non conservano colla trasmissione l'identico contenuto: p. es. il credito alle *opere officiales* del liberto: fr. 9 § 1 fr. 37 pr. D. 38, 1 (2);

c) quelli che presuppongono che il creditore si trovi in un determinato rapporto (ad. es. il credito alla costituzione di una servitù prediale) non possono trasmettersi che colla trasmissione del medesimo rapporto.

d) Nel diritto nuovo è vietata la cessione de' crediti litigiosi (3) per compravendita, donazione o *altro contratto*. Sono ammessi i trasferimenti a causa di morte (almeno per legato e fedecommesso), per

---

(1) Nel diritto classico la vera *actio utilis* sarebbe stata impossibile: la finzione *si Ai Ai heres esset* nulla avrebbe giovato, poichè tali azioni non erano trasmissibili ereditariamente. Circa il passo di Stefano sch. *in Bas.*, II, p. 584 (cfr. Schmid, vol. II, p. 286) va notato, che esso è probabilmente desunto da commenti anteriori riferentisi al *mandatum actionis*. In sostanza lo stesso Stefano parla (*ib.*, p. 587) del socio *o. b.* che comunica quanto ha ricavato dall'*actio iniuriarum*.

(2) Circa le *operae artificiales* v. fr. 6, § 3 D. 42, 2; fr. 64 pr. e § 3-6 D. 24, 6; cfr. Schmid, *o. c.*, II, p. 99, 287 sg.

(3) Costantino, c. 2 C. 8, 36 (37); Giustiniano, c. 5 (4) *ibid.*

ragione di divisione ereditaria, di transazione, dote o donazione matrimoniale.

Tutte le altre obbligazioni possono cedersi; anche le accessorie (1), le condizionali (2), le naturali (3).

Non *a tutte* le persone si può fare la cessione. È esclusa la *cessio in potentiorem* (4), come pure la cessione fatta al tutore di un credito verso il pupillo (5).

478. Maggiori ancora sono le difficoltà che presenta il trasferimento dei debiti. Nel periodo formulare nulla vietava di ricorrere qui parimenti al concetto della *rappresentanza processuale;* ma il concetto dell'*actio utilis* qui non fu applicato. Se tale azione è data pel S. C. Trebelliano contro colui, cui fu restituita l'eredità fedecommissaria, sappiamo che non se ne operò mai l'estensione al compratore dell'eredità (6). Rimane quindi anche pel diritto giustinianeo (ove non si preferisca valersi di

---

(1) Sintenis, *o. c.* II, p. 801, n. 30.

(2) Fr. 17, 19 D. 18, 4; fr. 45, § 1, 73 § 1 D. 35, 2, ecc.

(3) Arg. fr. 40 pr. fr. 64 D. 36, 1; Ferrini, *l. c.*, pagina 541.

(4) Onorio e Teod.: c. 2 C. 2, 13 (14). La sanzione è la perdita del credito. Già pel diritto classico era vietata la cessione ai fisco o al principe: Paul., *R. S.*, 5, 12, § 7; fr. 22, § 2 D. 49, 14, ecc.

(5) Nov. 72, 5.

(6) c. 2 C. 4, 39: «quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest». Arg. c. 2 C. 2, 3. Per la *donatio omnium bonorum* (per cui forse già nel diritto classico il donatario poteva esigere i crediti del donante colla solita formula fittizia *quasi heres*) v. fr. 72 pr. D. 23, 3; cfr. fr. 28 D. 39, 5 (interp.).

una espromissione novatoria) esclusivo il regime dell'*actio mandata* (1). Il quale incontra una difficoltà in ciò che il creditore non è tenuto ad accettare lo scambio, ed è libero di rivolgersi contro il suo debitore originario fino a lite contestata; anzi può ricusare di contestare la lite col cessionario del debito, se non riceve idonea cauzione, «quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur».

CAPO V.

Garanzie dell'obbligazione.

479. Un'obbligazione può essere in varii modi rafforzata e garantita sia dallo stesso debitore, sia da un terzo. Qui non parliamo del pegno e dell'ipoteca, di cui si è detto abbastanza. Anzitutto esporremo i modi, con cui il debitore stesso può garantire l'obbligazione.

480. In alcuni contratti (specie nella compravendita) (2) una delle parti dà spesso un'arra (*arrha, arrhabo*), la quale consiste in denaro o altri oggetti ed ha per ufficio di comprovare la perfezione del contratto e il termine delle trattative preparatorie «quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae» (3). Se chi ha

(1) Fr. 61 D. 3, 3: «procuratorem damnatum non debere conveniri. *nisi... in rem suam datus esset*»: fr. 4 pr. D. 42, 1.

(2) Per la locazione v. il libro siro-romano (rec. P.), § 21.

(3) Gai., 3, 139; fr. 35 pr. D. 18, 1.

dato l'arra ricusa di ottemperare al contratto, vi può venire astretto e allora l'arra o si computa nel dovuto o si restituisce. Non è affatto provato che l'arra avesse mai in Roma ufficio penale nel senso che colui che non osservasse il contratto *oltre che venire astretto* al suo adempimento perdesse l'arra che avesse dato o dovesse rendere *in duplo* l'arra ricevuta (1). Piuttosto nelle provincie orientali dell'impero era usata l'arra *penitenziale;* essa veniva data prima della conclusione del contratto e la parte che ricusava di addivenirvi perdeva l'arra data o restituiva in duplo la ricevuta (2). Nel diritto giustinianeo tale è la funzione dell'arra che dà il compratore in attesa che si addivenga all'atto scritto, da cui le parti fanno dipendere la conclusione del contratto (3).

481. Per atto fra vivi (stipulazione o *pactum adiectum*) (4) o a causa di morte (legato) (5) si può

---

(1) Tale ufficio dell'arra riscontra il Bruns nel libro siro-romano, § 51 (— ar. 32 e arm. 27): cfr. il suo commentario p. 216. Ma v. Esmein, *Mélanges*, p. 413 sg. Mitteis, nel *Corpus papyr.*, I, p. 69 sg.

(2) Cfr. i §§ cit. del libro siro-romano. Interessantissimo il papiro del 330 d. Cr. (1348 dell'inv. dell'Arc. Raineri), che forma il n. XIX del *Corpus papyr.*, I, 1, 10 e l. 20-21: v. *ib.*, p. 57 e il commento, p. 68.

(3) Pr. I. 3, 23. L'esposizione di questo passo è del resto involuta e contradditoria. Il punto fissato nel testo è sicuro. Di più non è lecito ricavare da una cattiva trattazione: cfr. c. 17 C. 4, 21; Bechmann, *Kauf*, II, p. 425; Mitteis, cit., p. 71 sg.

(4) « Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? »: fr. 115, § 2 D. 45, 1. Pel *pactum*, fr. 6, § 1 D. 18, 7.

(5) « Heres meus Seio penum dato; si non dederit, decem dato »: fr. 1, § 8 D. 35, 2.

disporre che colui, il quale non adempia o non adempia in tempo debito una data obbligazione sia tenuto al pagamento di una penalità. Si discorre in tal caso di clausola penale (1). La *penalità* può consistere in denaro od altro oggetto fr. 11, § 2 D. 4, 8; fr. 97 e 126, § 3 D. 45, 1), può essere inferiore o superiore in valore al contenuto dell'obbligazione principale (fr. 32 pr. D. 4, 8) (2). In tal modo viene stimolato indirettamente il debitore all'esecuzione colla minaccia della pena e, pel caso che l'obbligazione non venga eseguita, si procura al creditore un risarcimento più certo, più rapido e più completo (3).

482. La clausola penale ha carattere di obbligazione accessoria; la sua nullità non pregiudica la validità dell'obbligazione principale (4), mentre la nullità di

---

(1) Si parla anche di pena convenzionale: ma allora non si considera che un caso di applicazione. Cfr. Bertolini, *Pena convenzionale*, Roma 1894 (dai *Doc. di storia e diritto*); Pergament, *Conventionalstrafe u. Int.*, 1896.

(2) Salvo il caso che la pena convenzionale mascheri l'eccedenza usuraria: *fr. vat.* § 11; fr. 13, § 26 Digesto 19, 1.

(3) Da non confondersi colla *clausola penale* nel senso indicato è la disposizione *principale* con cui taluno viene obbligato a fare un dato pagamento, *se non dia o faccia* altra cosa non dedotta in obbligazione. P. es. «Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?» (fr. 115, § 2 cit.). Nella *stipulatio*: «si fundum non dederis, centum dari non spondes?», i *cento* solo sono *in obligatione:* il fondo in condizione (e *in solutione*): fr. 44 §§ 5 6 D. 44, 7. Analoga distinzione circa il legato: fr. 1, § 8 D. 35, 2; fr. 19 pr. 1 fr. 42 pr. D. 36, 2. Questa obbligazione principale *ad poenam* è retta dalle regole ordinarie delle obbligazioni condizionali.

(4) Fr. 97 pr. e 126, § 3 D. 45, 1.

questa importa la nullità di quella (1). La clausola penale esplica la sua efficacia (*poena committitur*), quando sia da ritenere inadempita l'obbligazione principale. Se questa aveva ad oggetto un *non facere*, essa è inadempita non appena che il debitore faccia quanto era tenuto a non fare (fr. 122, § 6 D. 45, 1). Se oggetto dell'obbligazione principale è una prestazione positiva, deve distinguersi se è o no prefisso un termine per essa. Se non è prefisso, l'obbligazione si ha per inadempita se essa può venire eseguita o non lo è (2). Vuol dire che il creditore può ormai chiedere la pena, purchè prima della contestazione di lite il debitore non soddisfaccia integralmente alla sua obbligazione (3), a meno che sia stabilito che la pena si abbia a cumulare colla prestazione principale (4). Se è stato fissato un termine per l'adempimento, la pena si reputa incorsa ove il termine decorra infruttuosamente, senza bisogno di costituzione in mora (5). Alcuni giuristi

(1) Fr. 69 D. 45, 1. Invece se il non avvenire di una prestazione impossibile fosse ad es. la condizione di una *stipulatio poenae* principale, questa sarebbe valida e pura (perchè sotto condizione necessaria).

(2) Nella *stipulatio poenae principalis* giusta la teoria delle condizioni negative bisogna attendere che divenga impossibile la prestazione dedotta in *condicione:* una decisione specialissima in materia di legati « ob defuncti voluntatem et *ipsius rei naturam* » risale a Q. Mucio; la sua analogia è giustamente respinta da Papiniano: fr. 115, § 2 cit.

(3) Fr. 21 § 12, 22, 23 pr. 52 D. 4, 8; fr. 84 e fr. 122, § 2 D. 45, 1, ecc.; arg. fr. 19 pr. D. 36, 2.

(4) Fr. 115, § 2 cit.

(5) Fr. 23 pr. D. 4, 8: « licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evane-

richiedevano all'uopo una formale costituzione in mora; ma la loro opinione fu definitivamente ripudiata da Giustiniano: c. 12 C. 8, 37 (38). Se già prima che il termine si verifichi è certo che l'obbligazione principale non si potrà adempire, non s'incorre subito la pena, ma solo al termine fissato (1).

L'inesecuzione parziale dell'obbligazione principale fa incorrere in tutta la pena: fr. 85, § 6 D. 45, 1; fr. 47 D. 19, 1 (2).

La pena non s'incorre se il creditore fu causa che non si adempisse l'obbligazione principale: fr. 23 § 3 fr. 40 i. f. D. 4, 8 (3). Non così se l'inadempimento dell'obbligazione principale dipenda da altra causa pur non imputabile al debitore (4): salve alcune stipulazioni pretorie (5) interpretate secondo la *mens praetoris* (6).

---

scere, quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse »: fr. 9 D. 22, 2; fr. 77 D. 45, 1. Emblematico è il fr. 8 D. 2, 11.

(1) Fr. 124 D. 45, 1; fr. 10, § 1 D. 2, 11: diversa è la questione nel fr. 113 pr. D. 45, 1.

(2) Emblematica la fine del fr. 9, § 1 D. 2, 11.

(3) Casi in cui solo indirettamente il mancare della prestazione può riferirsi al creditore v. in fr. 54, § 1 D. 19, 2; fr. 122, § 3 D. 45, 1. Dipende dalla formula delle stipulazioni, se il debitore è liberato *ipso iure* o se soltanto *ope exceptionis*.

(4) L'assenza dell'arbitro del fr. 40 D. 4, 8 salva il promittente dalla *poena* perchè nell'ipotesi di questo passo l'adempimento rimaneva tuttavia possibile, ma inutile e senza scopo. Per quanto è detto nel testo arg. fr. 22 pr. D. 9, 2; fr. 68 (67), § 1 D. 47, 2; fr. 77 D. 45, 1. Sul fr. 23 D. 44, 7 cfr. Bertolini, *o. c.*, p. 48.

(5) Fr. 2 §§ 1-3 D. 2, 11. Per analogia: fr. 21, § 9 Digesto 4, 8.

(6) Fr. 9 D. 46, 5.

483. Se al debitore succedono più eredi ed uno di essi rimane inadempiente nell'obbligazione principale consistente *in dando*, mentre adempiono gli altri, la pena s'incorre totalmente e ciascuno la dovrà pagare secondo la propria quota: fr. 5, § 3, 4 D. 45, 1: fr. 85, § 6 *ib*. Se l'obbligazione consiste *in faciendo*, o il fatto è indivisibile e allora basta che uno contravvenga perchè la pena s'incorra integralmente a carico proporzionale di tutti; o è divisibile e allora risponderà solo colui che ha contravvenuto (1). I coeredi adempienti, che per causa del loro coerede hanno dovuto pagare una porzione di pena, hanno diritto al regresso nell'*actio familiae erciscundae*. Se questa ha luogo, mentre ancor pendono obbligazioni simili, occorre provvedere ai futuri regressi eventuali mediante reciproche cauzioni (2).

Analogamente deve rispondersi nel caso inverso di più eredi dello stipulante (3).

Già si è detto come là dove resultasse tale la volontà delle parti, il debitore tenuto alla pena potesse ancora essere convenuto cumulativamente per la prestazione principale. Es.: fr. 16 D. 2, 15: fr. 15 *ib*. (4). Viceversa può essere «ita cautum... ut

---

(1) Fr. 4, § 1 D. 45, 1; fr. 44, § 6 D. 10, 2; fr. 25, § 12 *ib*., ecc.

(2) Fr. 85, § 3 D. 45. 1; fr. 25, § 12 D. 10, 2.

(3) Fr. 4, § 1 D. 45, 1; fr. 2 *ibid*. Nel fr. 2 § 6 *ib*. non mancano interpolazioni.

(4) Nella *donatio T. Flavii Syntrophi* (*C. I. L.* VI, n 10239): «(si adversus ea factum erit, quanti ea res erit) tantam pecuniam dari est amplius poenae nomine hs. L m. n. stipulatus est T. F. S., spopondit T. F. A.». Cfr. il mutuo del trittico in *C. I. L.* III, n. 933.

sola pecunia (la sola pena pecuniaria) non soluto homine debeatur »: fr. 115, § 2 D. 45, 1. Un tale assorbimento è ammesso in casi di due stipulazioni concatenate: « navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum » (1). E lo stesso vale in materia di legati (fr. 1 § 8 D. 35, 2; fr. 24 D. 36, 2).

484. In altri casi è data la scelta fra il rimedio direttamente inteso e la persecuzione della pena. Ciò avviene:

a) Quando la *stipulatio poenae* è aggiunta ad un *pactum:* « utraque via uti posse, prout elegerit, qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre » (2).

b) Quando la *stipulatio poenae* è aggiunta ad un contratto *bonae fidei*. La teoria è svolta egregiamente nel fr. 71 pr, D. 17, 2. Il creditore può quindi o agire coll'azione contrattuale *ovvero* chiedere *ex stipulatu* la pena. Nel diritto giustinianeo, qualora egli abbia ottenuto con una di queste azioni meno di quello che l'esperimento dell'altra gli avrebbe procurato, può intendere in seguito anche quest'ultima, ma solo per l'eventuale eccedenza (3).

485. Dalla clausola penale va distinta la *multa penitenziale*, che è un'ammenda pecuniaria a cui si obbliga una delle parti ove faccia uso del diritto.

---

(1) Fr. 44, § 6 D. 44, 7.

(2) Fr. 10, § 1 D. 2, 14; fr. 12, § 2 D. 23, 4; fr. 15 D. 2, 15; c. 40 C. 2, 4.

(3) L'interpolazione è chiarissima nel fr. 28 D. 19, 1: cfr. Pernice, *Labeo*, II, p. 273. Il gruppo de' fr. 41 e 42 D. 17, 2, è da tempo sospetto: Salpius, *Novat.*, p. 243. Non può dubitarsi che i passi siano stati profondamente alterati.

che si riserba, di recedere dal contratto. Questa figura serve piuttosto ad indebolire che a rafforzare il vincolo; essa, qualunque cosa siasi detta in contrario, è straniera al diritto romano (1). Non estranee invece alle tradizioni ed agli usi provinciali dell'impero romano furono le *multe fiscali*, per cui il contraente si obbliga in caso d'inadempimento di pagare al fisco una data somma. In Egitto, dove tale istituto apparteneva al diritto indigeno, uno degli scopi è quello di cointeressare l'autorità pubblica a concorrere coi mezzi energici che sono a sua disposizione all'esazione della prestazione contrattuale (2). Sebbene la legislazione romana avversasse tale istituto, esso si è largamente diffuso, nè è rimasto ignoto all'Italia (3).

486. Può il contraente rafforzare la sua obbligazione anche mediante il *giuramento*; ma per diritto romano questo nulla aggiunge alla *efficacia giuridica* del contratto (4); l'uso grande che in pratica se ne faceva (5) dipendeva dalla sua efficacia morale (6). Troviamo però stabilito da Alessandro Se-

---

(1) Cfr. Bertolini, *o. c.*, p. 82 sgg.

(2) In contrario è scritto l'Editto del Prefetto Tib. Alessandro (a. 68 d. C.), l. 15 sqq. (*C. I. Gr.* III, n. 4957; Bruns, *Fontes*, p. 254). Nè è improbabile (come crede il Mitteis, *Reichsrecht*, p. 526), che contro tale uso sia scritta la c. 3 C. 2, 17.

(3) V. in Marini, *Pap. ravenn.*, num. 96 e 129. Sebbene di età postromana, tali papiri acquistano importanza pel confronto degli altri fatti gia avvertiti.

(4) c. 4 C. 2, 55 (56). Nov. 82 c. 11.

(5) Numerosi esempii in Plauto: v. Costa, *Diritto priv. rom. nelle com. di Pl.*, p. 282 sgg.; fr. 6, § 3 D. 37, 14; fr. 13 D. 40, 2, ecc.

(6) Terenzio, *Hecuba*, V, 1, 23 sq.; Cic., *de off.*, 3, 29

vero doversi negare la restituzione in intero *ob minorem aetatem* a colui, che aveva confermato con giuramento l'assunto impegno (1); nel diritto nuovo poi chi conferma con giuramento la transazione e poi non la mantiene, cade nell'infamia (2).

Il vincolo del debitore può anche per mezzo del costituto (3) ricevere incremento. Il costituto è la promessa di pagare ad un determinato giorno un debito preesistente, il quale, ove non venga puntualmente soddisfatto, può venire domandato anche con apposita azione nascente dal costituto, che importa anche una *sponsio partis dimidiae*. Il costituto in origine non serviva che in caso di *pecunia credita* (4); più tardi fu esteso in modo da riferirsi ad ogni obbligazione, anche naturale (5): fu esteso anche ad obbligazioni aventi ad oggetto la dazione di determinate quantità di fungibili (6) e per diritto giustinianeo qualsiasi prestazione (c. 2 cit.: § 8, 9 I. 4, 6 e *Parafr. gr. ibid.*). In origine probabilmente il costituto non fu possibile che *inter praesentes* e mediante l'uso del

---

(1) c. 1 Cod. 2, 27 (28). La ragione è che altrimenti il giuramento si presenterebbe come un artificio atto a sorprendere l'altrui buona fede.

(2) c. 3 pr. C. Th. 2, 9; c. 41 pr. C. I. 2, 4. In un caso poi il giuramento fonda l'obbligazione ed è quello della prestazione di opere giurata dal liberto *libertatis causa*; fr. 7 pr. § 1 D. 38, 1; fr. 36 D. 40, 4; Gai., *Epit.*, 2, 9, § 4.

(3) Bruns, *Kl. Schrift.*, I, p. 221 sg.; Lenel, *Ed.*, pagina 196 sg.; Kappeyne van de Coppello, *Abhandl.* (tr. Conrat), II, 247 sq.; Kniep, *Pr. u. P.* p. 141 sg.

(4) Cfr. Bruns, *l. c.*

(5) Fr. 1, § 7 D. 13, 5. Un'obbligazione temporanea si può costituire; l'*actio constituti* vale anche decorso il tempo: fr. 18. § 1 *ib.*

(6) c. 2, § 1 C. 4, 18.

termine tecnico *constituo* (1); più tardi si potè fare anche *inter absentes*, anche *per nuntium* e *quibuscumque verbis* (2). Nel diritto giustinianeo non è più necessaria la designazione di un termine (3); vien meno la *sponsio dimidiae partis* (Gai. 4, 171), cessa la particolarità del giuramento necessario divenuto ormai di generale applicazione (4); il costituto perde quindi molto della sua importanza e serve od a perpetuare obbligazioni temporanee, od a mutare l'oggetto dovuto o ad assicurare il creditore, in quanto può implicare un riconoscimento del debito. Può inoltre servire talvolta a procurare azione ove non sussiste che una *naturalis obligatio*.

487. L'obbligazione può essere anche garantita da un terzo in varie maniere. La *fideiussio* è una garanzia personale assunta mediante stipulazione ed è l'unica forma superstite nel diritto giustinianeo di garanzie per tal mezzo costituite (5). La fideiussione serve a garantire qualsiasi obbligazione; in essa il mallevadore assume con una specie di *ius-*

(1) Kniep, *o. c.*, l. c.

(2) Fr. 14, § 3 D. 13, 5.

(3) Pr. 21, § 1 malamente interpolato sulla fine: Gradenwitz, *Interp.*, p. 72.

(4) Demelius, *Schiedseid*, p. 63 sgg.

(5) Sulla *sponsio* e sulla *fidepromissio* cfr. Gai., 3, 115 sgg. Esse non servivano che a garantire obbligazioni verbali e verosimilmente dovevano interporsi contemporaneamente al contratto principale. Le obbligazioni dello sponsore e del fidepromissore si estinguevano in un biennio (in Italia), nè erano trasmissibili agli eredi: più sponsori o fidepromissori in Italia non erano tenuti che per una parte virile: fuori d'Italia chi avesse pagato più di tale parte aveva regresso verso i colleghi (data l'insolvenza del debitore principale).

sus le conseguenze dell'atto; anche un'obbligazione naturale può essere così garantita (1). L'obbligazione del fideiussore è perpetua e trasmissibile. L'oggetto di tale obbligazione è lo stesso di quella del debitore principale (« id fide tua esse iubes? ») (2), può essere minore e in esso compreso: non maggiore (3).

488. Il creditore può esperire le sue ragioni, ove lo creda, direttamente contro il fideiussore, senza prima convenire il debitore principale: può convenirli entrambi insieme *pro parte*. Ma se avesse contestato la lite coll'uno o coll'altro, consumava l'azione secondo il diritto pregiustinianeo e il non convenuto di fronte a lui restava liberato (4). Probabilmente per sfuggire a tale conseguenza fu introdotto il *fideiussor indemnitatis*, che si obbliga non già in « id quod Titius debet », ma in « id, quanto minus a Titio creditor consecutus fuerit » (5). Non trattandosi qui di *eadem res*, che si deduca in giudizio, il creditore che abbia o nulla o parte solo conseguito dal debitore principale può per il debito o il residuo di esso rivolgersi contro il fideiussore. Inoltre poteva

(1) Gaio, 3, 119 *a*: « adeo quidem, ut pro servo quoque (fideiussor) obligetur ». Circa allo *sponsor* e al *fidepromissor* cfr. *ib.* § 119. Anche ad un'obbligazione accessoria può accedere il fideiussore (*fideiussor fideiussoris:* fr. 8, § 12 D. 46, 1).

(2) Fr. 42 D. 46, 1.

(3) Fr. 8, § 7 *ib.*, ecc.

(4) Paul., *Sent.*, 2, 17, § 16.

(5) Fr. 42 pr. D. 12, 1; fr. 116 D. 45, 1. Il *fid. indemnitatis* solo poteva ammettersi per le obbligazioni (naturali) dei servi: cfr. Ferrini, *Cons. proc. dell'a. de p.*, p. 8.

il fideiussore dare al creditore, che vorrebbe rivolgersi contro di lui, mandato di esperire prima le sue ragioni verso il debitore principale (1): in tal guisa il creditore consumava il suo credito, contestando la lite; ma, ove non raggiungesse l'intento, poteva sempre ottenere l'indennità mercè l'*actio mandati*. Giustiniano poi abolì qui pure (come nelle obbligazioni correali) l'effetto consuntivo della contestazione di lite (2). Allora fu anche possibile di imporre al creditore di convenire anzitutto il debitore principale, tranne i casi di assenza o di manifesta insolvenza (*beneficium discussionis* ovvero *ordinis*) (3).

489. Quando siano più fideiussori, il creditore può perseguirli tutti insieme *pro parte* o può agire integralmente contro uno di essi a sua scelta. Nel diritto anteriore alla citata c. 28 la contestazione di lite con uno dei fideiussori libera gli altri. Però in forza di una *epistula divi Hadriani* il fideiussore « desiderare potest, ut pro parte in se detur actio » (4), quando gli altri appaiano solventi (5). A questo *beneficium divisionis* si può del resto rinunciare *a*

---

(1) § 2 I. 3, 26.

(2) c. 28 pr. § 1 C. 8. 40 (41). L'imperatore accenna a clausole di uso (*plerumque*) ne' contratti di garanzia, per cui le parti provvedevano ad eliminare tale effetto.

(3) Nov. 4, 1. A favore de' banchieri è concesso inserire nell'atto di fideiussione clausola di rinuncia a tale beneficio: Nov. 136.

(4) Gai., 3, 121; § 4 I. 3, 20.

(5) Poichè ad un confideiussore spetta in ogni caso l'onere dell'insolvenza degli altri. Arduo è dire, come le cose procedessero in pratica: cfr. Appleton, *Compensation*, p. 266. Sul fr. 28 D. 46, 1 v. Lenel, *E. P.*, 161.

priori; esso si può anche perdere a titolo di pena (1).

490. Il fideiussore (2), che ha pagato, ha l'azione di mandato contro il debitore principale per farsi rimborsare (3), qualora il debitore stesso lo abbia invitato a garantire. Se il fideiussore è intervenuto spontaneamente, avrà l'*actio negotiorum gestorum*, a meno che sia intervenuto *animo donandi* o *in rem suam* o *vetante reo* (4). Alle volte può essere utile al fideiussore che paga di ottenere la cessione delle azioni dal creditore. La difficoltà stava in ciò, che colla contestazione di lite o col pagamento tali azioni si estinguevano e non potevano più formare oggetto di cessione. I giuristi classici superarono la difficoltà ammettendo, che il fideiussore pagando *comperasse il credito e le ragioni correlative* ed ammettendo che il fideiussore pronto a pagare verso tale cessione potesse, in caso di rifiuto ingiustificato del creditore, fare inserire nella formola l'eccezione di dolo (5). Fuori di tale cessione il fideiussore che ha pagato non ha regresso contro i confideiussori (6), che non siano legati con lui da

---

(1) Fr. 10, § 1 D. 46, 1.

(2) Una *lex Publilia* aveva accordato allo *sponsor* una speciale *actio depensi*. Essa è anteriore al riconoscimento del mandato. Gai., 3, 127.

(3) Gai., *l. c.*

(4) Fr. 24 D. 2, 14; fr. 6, § 2; fr. 40 D. 17, 1.

(5) Fr. 17 pr. fr. 36 D. 46, 1. Se il pagamento è avvenuto *sine ullo pacto* o se la contestazione di lite è avvenuta senza contrasti e senza inserzione di *exceptio doli* nell'*actio ex stipulatu*, non è più possibile nel primo caso avere la cessione (fr. 76 D. 46, 3), nel secondo difendersi.

(6) Gai., 3, 122. V. *ibid.* per gli *sponsores* e i *fidepromissores*

speciale rapporto, sovratutto di società; fr. 39 D. 46, 1.

491. La *fideiussio* non si costituisce che per via di contratto verbale e di conseguenza essa non è possibile fra assenti. Inoltre il carattere di stretto diritto dell'azione *ex stipulatu* rende meno agevole il valersi di questo mezzo giuridico. Si comprende pertanto come la giurisprudenza romana cercasse di procurare altri mezzi per garantire le altrui obbligazioni. Uno di questi fu il *mandato:* un terzo *manda* ad uno di concedere credito ad un altro, ovvero di concedere un respiro al debitore (1); questo mandato, che può intervenire anche fra assenti (2), procura al creditore un'*actio mandati* diretta ad ottenere l'indennità dell'eventuale scapito prodotto dall'esecuzione del contratto stesso (accordo di credito, di dilazione). Quest'applicazione del mandato era stata respinta da Servio Sulpicio, sembrando non ammissibile un mandato concluso solo *aliena gratia;* ma tale difficoltà fu in seguito superata (3). In questo caso a rigore di logica il creditore dovrebbe sempre rivolgersi dapprima contro il debitore principale e solo, ove rimanga del tutto o in parte insoddisfatto, avere azione verso il mandante per essere mantenuto indenne. Ma la prassi (almeno nel periodo della decadenza) estese anche a questo caso la *libera electio* (4). Del resto, non trattandosi di *eadem res*, la *litis contestatio* col debitore

---

(1) Fr. 12, § 14 D. 17, 1.

(2) Fr. 32 *ib.:* «neque enim multo referre praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens vel praesens mandet..».

(3) Gai., 3, 156.

(4) c. 19 C. 8, 40 (41) Diocleziano

principale non ha mai consumato l'azione verso il mandante.

492. Un altro rimedio fu l'estensione del costituto, ammettendosi che si potesse *constituere pro alio* (1). Il *constitutum* poteva avere, secondo la giurisprudenza imperiale, oggetto diverso da quello dell'obbligazione principale; inoltre il costituente non risente gli effetti della mora o della colpa del debitore principale (come li risente invece il fideiussore o il mandante), ma non può neppure opporre le eccezioni sorte dopo il costituto medesimo. Il creditore può agire a sua scelta contro il debitore principale o contro il costituente; la contestazione di lite in una delle azioni non preclude la via all'altra (2).

Si è già detto come si possa costituire pegno od ipoteca per un debito altrui.

493. Qualunque vincolo assunto a garanzia del debito altrui si comprende sotto il nome di intercessione. Oltre questa forma di intercessione (cumulativa) si ha la così detta *intercessione privativa*, quando uno subentra per novazione nel debito altrui che così viene estinto o quando addirittura uno con-

---

(1) Fr. 2 e fr. 5, § 2, 3 D. 13, 5.

(2) Il *constitutum debiti alieni* raro nel diritto classico acquista importanza nel diritto giustinianeo, dove si sostituisce al *receptum* proprio de' banchieri, che per esso si obbligavano al pagamento di un debito altrui: su di esso cfr. Lenel, *Ztschr. der Sav. St.*, II, p. 62 sgg. Rossello, *Arch. giur.*, XLV, p. 1 sgg. (Serafini E., *ib.*, pagina 553 sgg.). Il *rec.* poteva avere ad oggetto la prestazione di qualsiasi cosa; esso aveva efficacia ancorchè il recipiente avesse creduto erroneamente all'esistenza di un debito (c. 2 § 1 C. 4, 18).

trae fin da principio un'obbligazione in luogo di un altro. La teoria dell'*intercessio* (1) è importante per ciò, che essa in forza del S. C. Velleano (2) è proibita alle donne. La precipua ragione del divieto è fatta consistere nella loro inesperienza, che le potrebbe spingere a contrarre vincoli, di cui esse non saprebbero *a priori* calcolare la portata; quindi non è loro vietato di pagare i debiti altrui, di vendere i proprii beni per pagarli, di delegare il proprio debitore all'altrui creditore e neppure di intercedere *animo donandi*, con rinuncia ad ogni idea di regresso (3). Non è però aiutata la donna in caso di dolo suo (4) o di errore scusabile del creditore (5), o se questi è un minorenne (6). Per speciale favore è valida la sua intercessione *dotis nomine* (7).

La donna che ha interceduto fuori di questi casi ha un'eccezione contro il creditore (8): eccezione che giova anche ai fideiussori della donna (9). Nel caso d'*intercessio privativa* il pretore o *restituisce* (10) l'azione estinta o *istituisce* (11) l'azione che sarebbe nata ove la donna non fosse intervenuta.

---

(1) Lo schiavo intercedente per un terzo senza *iussus* del domino non obbliga costui neppure entro i limiti del peculio.

(2) a. 46 p. Ch. Il vero nome sarebbe *Vellaeanum;* però nelle fonti nostre (D. 16, 1; C. 4, 29) si legge *Velleianum*. Sui precedenti v. fr. 2 pr. D. *h. t.*

(3) Fr. 21, § 1 D. *h. t.*

(4) Fr. 2, § 3 D. *h. t.*

(5) Fr. 11, fr. 12 *ib.*

(6) Fr. 12 D. 4, 4.

(7) Fr. 12 D. *h. t. Libertatis nomine:* c. 24 C. 4, 29.

(8) Anche contro l'*actio iudicati* fr. 11 D. 14, 6.

(9) Fr. 7, § 1 D. 44, 1.

(10) Fr. 13, § 2 D. *h. t.*

(11) Fr. 8, § 14 *ib.*

494. Giustiniano ha riformato in varii punti questa materia. L'intercessione della moglie pel marito è sempre ed assolutamente vietata (1). Le altre intercessioni (anche quelle prima eccezionalmente valide per favore) non hanno efficacia, se non constano da atto pubblico segnato da tre testimoni (c. 23, § 2 C. 4, 29) e se — trattandosi di quelle anteriormente vietate — non dichiara in esso la donna che intercede verso un equivalente. Altrimenti l'onere della prova «eam accepisse pecunias vel res et sic subisse obligationem» spetta al creditore: fornita la prova, «repelli eam a S. C.i iuvamine». L'intercessione poi si convalida in ogni caso quando è ratificata dopo un biennio dalla donna maggiorenne (c. 22 C. cit.). Inoltre è valida la rinuncia al beneficio del S. C., se è fatta per assumere la tutela dei discendenti (c. 3 pr. C. 5, 35 e Nov. 118, 5).

CAPO VI.

Estinzione delle obbligazioni.

495. L'obbligazione può estinguersi totalmente e radicalmente; può invece diventare impugnabile per via di eccezione. Anche in quest'ultimo caso si suole discorrere di estinzione dell'obbligazione; sebbene l'esistenza della causa della eccezione non tolga che l'obbligazione stessa continui fino a che l'eccezione stessa sia fatta valere e il creditore venga respinto.

---

(1) Nov. 134, 8.

Si indicherà di volta in volta quando l'obbligazione abbia a ritenersi estinta *ipso iure,* quando *ope exceptionis.*

496. Il *pagamento* (1) è il modo normale di estinzione dell'obbligazione che è creata appunto per essere pagata. *Pagamento* è l'adempimento della prestazione che forma l'oggetto dell'obbligazione. Esso non può consistere in altro, a meno che il creditore accetti la sostituzione di una ad altra prestazione (2) (*datio in solutum*). Neppure una prestazione di maggior valore può il debitore pretendere di sostituire a quella dovuta, ove non assenta il il creditore (3). Solo nel caso che il debitore non abbia denaro nè effetti mobili da convertire in denaro; che non abbia che beni stabili dei quali non si trovi alcun acquirente; che si tratti di obbligazione contrattuale o almeno nascente da atto giu-

---

(1) *Solutio* in senso stretto: fr. 176 D. 50, 16; cfr. fr. 54 D. 46, 3.

(2) Fr. 2, § 1 D. 12, 1. Sull'antica controversia v. Gai., 3, 168; Römer, *Leistung an Zahlungsstatt* (1866).

(3) La dazione *in solutum* è vera forma di pagamento. Quindi se l'obbligazione consiste *in dando* e la proprietà della *res* prestata non è passata nel creditore, che viene evitto, *manet pristina obligatio* (fr. 46 pr. D. 46, 3), che può quindi essere fatta valere (fr. 98 pr. *ib.*). V. pure la c. 8 C. 7, 45; fr. 60 D. 46, 3; fr. 26, § 4 D. 12, 6. Solo quando un creditore impetra che gli sia *pro debito* aggiudicato il pegno, si considera che stia in luogo di un *emptor* ed ha l'*actio utilis* per evizione (fr. 24 pr. D. 13, 7 e c. 4 C. 8, 44 (45) cf. « *aliis* creditoribus... *obligatum* »). Ciò in forza anche del rescritto di Severo e Caracalla (fr. 16, § 9 D. 20, 1). Così risolvo l'antica controversia (Cuiacio, *Obs.*, 19, 38; Römer, *l. c.*, p. 54 sgg.; Windscheid, *Pand.* II, § 342, n. 14: cfr. Ferrini nell'*Enc. giur.*, XII, p. 505 segg.).

ridico, il creditore (che non sia banchiere) può essere costretto dall'autorità giudiziaria ad accettare in pagamento tali stabili di essi in base ad una stima (1).

Il pagamento deve inoltre essere integrale; il creditore non può essere astretto a ricevere un pagamento parziale (2), a meno che ciò sia stato stabilito nell'atto costitutivo (fr. 41, § 1 D. 22, 1). Ma se lo stesso debitore ha più debiti verso lo stesso creditore, può pagare a sua scelta quello che vuole: «in potestate eius esse commemorare in quam causam solveret» (3). Se il debitore paga senza indicare quale fra più debiti intenda estinguere, può determinarlo il creditore, purchè non si trascurino le regole generali dell'imputazione(4) Le quali si possono ridurre ad un principio fondamentale, che si ha per estinto il debito che per indole sua va anteriormente soddisfatto (5) o quello

(1) Nov. 4. Se debitrice è una chiesa od opera pia, cfr. Nov. 120, 6 § 2.

(2) Solo quando il debitore contesti una parte del debito e sia pronto ad offrire la parte non contestata, può nel diritto giustinianeo il magistrato imporre al creditore che accetti la porzione offerta e litighi pel rimanente: fr. 21 D. 12, 1 (interp.). Ciò deve intendersi quando la contestazione da parte del debitore non appaia infondata.

(3) Fr. 1 fr. 101, § 1 D. 46, 3.

(4) Fr. 1-3 D. *ib.*

(5) Le obbligazioni già scadute in confronto di quelle *quarum dies nondum venit* (fr. 3, § 1. 102 D. 46, 3); le obbligazioni di cui era convenuto il pagamento anteriore (fr. 89, § 2 cit.): il debito più antico a parità di condizioni (fr. 5 pr. 24. 97 D. *ib.*); il debito proprio in confronto dell'altrui (fr. 4 e 97 *ib.*); il debito di interessi arretrati in confronto di quello del capitale (fr. 5, § 2 *ibid.* e c. 1 C. 8, 42 (44).

più gravoso, essendo conforme alla teoria generale il lasciare sussistere la minima obbligazione (1). Mancando ogni possibile determinazione, s'intendono pagati tutti *pro portione* (2).

497. Il pagamento può essere fatto non solo dal debitore, ma da chiunque, anche all'insaputa o contro la volontà di esso (3); purchè la differenza della persona non influisca sulla qualità della prestazione (4). Il pagamento deve essere fatto al creditore (debitamente rappresentato o assistito, se incapace di riceverlo) (5), ovvero al suo rappresentante (tutore, curatore, procuratore, *servus a pecuniis exigendis, actor*, ecc.). Una speciale figura è quella dell'*adiectus solutionis causa*, il cui nome è incluso nella stipulazione, in modo che a lui è procurata facoltà di

---

(1) «In graviorem causam videri solutum»: v. per l'ordine fr. 97 D. *ib.* (fr. 5 pr.): *a*) obbligazioni, il cui impedimento adduce l'infamia; *b*) i debiti, che *poenam continent*; *c*) i debiti con interessi; *d*) i debiti con garanzia reale; *e*) quelli con garanzia personale.

(2) Fr. 8 *ib.*

(3) Pr. I. 3, 29; fr. 38 (39) D. 3, 5. Sulla ragione del principio v. *supra*.

(4) Nelle *obligationes dandi* il pagamento non è fatto, se non fu trasferita la proprietà; non basta quindi la materiale prestazione se la cosa è di un terzo o se chi ha pagato non aveva la facoltà di alienare (§ 2 I. 2, 8; fr. 78 D. 46, 3; fr. 9, § 2 D. 26, 8). Lo stesso dicasi se fu trasferita una proprietà limitata o non duratura (fr. 20 D. 46, 3; fr. 69 *ib.*; fr. 83, § 6 D. 45, 1). Però il pagamento può convalidarsi più tardi, se si tratta di cose consumabili, che siano state consumate in buona fede (fr. 78 e fr. 9, § 2 cit.), o di limiti del dominio venuti meno (fr. 69 cit.) o di usucapione compinta dall'accipiente (fr. 60 D. 46, 3).

(5) Gai., 2, 84. Cfr. il trattato sulla tutela.

ricevere il pagamento (« mihi aut Titio dare spondes? »). Il debitore parimenti acquista il diritto di liberarsi, pagando a lui (1). L'*adiectus* non può esigere, non può novare. ecc.; può però ricevere e per conseguenza (data la formola romana, di cui v. avanti) accettilare. Di quanto abbia ricevuto o accettilato darà poi conto nell'azione di mandato o altra che possa competere al vero creditore (2). Non occorre che l'*adiectus* sia capace, poichè, ricevendo il pagamento, egli non estingue un proprio credito (3). Non può attribuirsi *puramente* all'*adiectus* il diritto di ricevere, quando il credito principale sia sotto condizione (4); del resto la prestazione da farsi allo *adiectus* può differire per luogo (5), per tempo (6), per oggetto (7) da quella da farsi al creditore principale.

La prova del pagamento si dà per quietanza. Anticamente si aveva cura che il pagamento fosse fatto avanti a testimonii e l'atto scritto non era che il verbale impersonale del procedimento (8); più

---

(1) Fr. 12, § 3 D. 46, 3.

(2) Gai., 3, 110, 117; fr. 12, § 1 D. 46, 3.

(3) Fr. 11 *ib.*

(4) Fr. 141, § 7 D. 45, 1; cfr. § 8 *ib.*

(5) Fr. 2, § 7 D. 13, 4; fr. 98, § 5 D. 46, 3; su questo passo v. Ferrini, *Encicl.*, cit. p. 575.

(6) Fr. 141, § 5 D. 45, 1; fr. 98, § 4 D. 46, 3.

(7) Almeno in diritto giustinianeo. Sul fr. 141. § 5 cit., sui fr. 34, § 2 e 98, § 6 D. 46, 3 v. Ferrini, *l. c.*, pagina 574.

(8) Cfr. il dittico pompejano del 15 d. C. (Bruns, *Fontes*, p. 315): « eam pequniam omnem, quae supra scripta est, numeratam *dixit se accepisse* M. Cerrinius M. l. Euphrates ab Philadelpho Caecili Felicis servo ».

tarli l'atto emana dal medesimo creditore, come l'odierna quietanza (1).

498. La *compensazione* (2), che da' moderni si suole indicare come un modo di estinguere le obbligazioni sostanzialmente analogo al pagamento, non è dai giuristi romani considerata nell'elenco degli atti estintivi, nè tarderemo a vederne la ragione. La compensazione è «debiti et crediti inter se contributio» (3); il concetto fondamentale si è che quando due sono fra loro rispettivamente creditori e debitori sembra naturale neutralizzare fino alla reciproca concorrenza le reciproche pretese. Questo ha il vantaggio di non esporre chi paga pel primo all'eventualità di uno scapito per la mala fede o l'insolvenza dell'altro. Le parti possono sempre convenire tra loro di operare la compensazione de' mutui crediti: in pratica tale convenzione condurrà o ad una quietanza o ad una reciproca accettilazione o ad un reciproco *pactum de non petendo* e insomma ad una delle altre figure estintive. In via generale però l'antico diritto essenzialmente analitico non impone mai la compensazione a chi non voglia (4).

---

(1) Cfr. il trittico pompejano del 54 e l'altro del 56 in Bruns, p. 317 e 316, ecc. Questa forma è presupposta in molti passi delle fonti ed è quella superstite nel diritto nuovo. In questo abbiamo norme speciali circa il tempo entro cui è lecito infirmare una quietanza colla prova del non ricevuto pagamento: c. 14. § 1, 2 C. 4, 30.

(2) Fr. 1 D. 16, 2.

(3) Dernburg, *Gesch. u. Theorie der Comp.*, 2 ed., 1868; Eisele, *Die Compensation*, 1876; Appleton, *Histoire de la comp. en droit r.*, 1895; Leonhard, *Die Aufrechnung* 1896.

(4) Seneca, *De Benef.*, 6, 5 6.

Appena può parlarsi di eccezione riguardo al banchiere, il quale «cogitur cum compensatione agere et ea compensatio verbis formulae exprimitur» (1), e cioè quando egli agisce contro un cliente, con cui è in rapporto di conto corrente, non può domandare che il residuo a saldo. Ciò dipende dalla natura speciale del rapporto, che e per la novazione delle partite registrate in conto («transcriptio a re in personam») e per la reciproca eliminazione delle partite scadute ed omogenee fino alla rispettiva concorrenza rispecchia il moderno rapporto di conto corrente (2).

499. Il diritto che ha il debitore di un fallito di far *dedurre* dalla somma, in cui dovrebbe essere condannato verso il *bonorum emptor*, l'importo di quanto a sua volta egli è creditore verso il fallito stesso (sebbene il credito non sia ancora scaduto), ha per iscopo di non costringere taluno a pagare *interamente* il proprio debito e a ricevere in pagamento del proprio credito corrispettivo moneta di fallimento (3).

---

(1) Gai., 4, 64.

(2) Appleton, p. 93 segg. Molti testi originariamente relativi a tali rapporti del banchiere furono interpolati: fr. 2. 4. 5. 7. 8. 15. 22 D. 16, 2 (cfr. Lenel, *Ztschr. der S. S.*, R. A. IV. p. 112 sg.; Appleton, *l. c.* nonchè la *Palingenesia* del Lenel alla maggior parte de' passi citati). Anche Paul., *Sent.*, 2, 5, § 3 (passo alterato almeno con omissioni) si riferiva a questa materia, come prova l'ordine degli argomenti.

(3) Gai., 4, 65 sgg. Bene è illustrato questo punto nell'Appleton, *l. c.*, p. 157 sgg. Passi delle fonti originariamente riferentisi allo «agere cum deductione» del *bonorum emptor* e interpolati sono i fr. 10, 13, 14 D. 16, 2 (forse anche fr. 30 D. 12, 6).

Piuttosto importa di avvertire come ne' contratti bilaterali di buona fede il convenuto possa domandare che il giudice tenga conto del suo reciproco credito *in base al contratto stesso;* il giudice non è obbligato ad operare la compensazione, ma ben può farlo « quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur » (1).

500. Incertissima è la portata di una innovazione di Marco Aurelio, di cui ci informano le Istituzioni (§ 30 I. 4, 6): « in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione (compensatio) inducebatur ». La dottrina una volta comune, per cui il convenuto poteva sempre opporre il credito suo per modo di eccezione, ottenendo secondo i casi o la ripulsa dell'attore od una diminuzione della condanna, è ormai abbandonata, tanto più che non si può ammettere nel diritto classico un'efficacia *parziale* dell'eccezione e tanto più che non di rado il creditore che domanda integralmente il dovuto, nonostante il credito reciproco del convenuto, è affatto esente da dolo (2). Del resto un *rescritto* non poteva contemplare che un caso speciale.

---

(1) Gai., 4, 63; cfr. fr. 1, § 4 D. 27, 4.

(2) L'Appleton pensa al caso che siano di fronte due crediti omai liquidi e incontestabili essendo proferite le rispettive sentenze. All'uopo egli richiama le disposizioni per cui nel caso di *mutuae petitiones* l'esecuzione di una sentenza doveva essere differita fino a che non si fosse pronunciato sulla riconvenzionale: fr. 1, § 4 D. 49, 8; *o. c.*, p. 267 e seg. Il Pernice, *Labeo*, 2, 1 p. 307 sg., ritiene che il rescritto di M. Aurelio si riferisse alla procedura *extra ordinem*. È certo che l'innovazione di M. Aurelio (che forse comprendeva un caso in cui si agiva ad es. *in factum*, anzichè adoperare la formula *in ius* e di b. f. o simile evenienza) non ebbe grande importanza

501. Nella procedura straordinaria poteva facilmente avvenire che il magistrato abbinasse mutue petizioni e condannasse alla differenza una parte verso l'altra; almeno questo sembra conforme a qualche decisione dei testi, non repugna a quanto sappiamo su questo processo e giova a spiegare le riforme di Giustiniano. Egli ha stabilito che la compensazione si dovesse sempre operare dal giudice (1) qualora fosse liquido il credito opposto (purchè non si trattasse di convenuto per deposito o per ablazione violenta). Del resto in compensazione vengono anche le ragioni obbligatorie succedanee alle pretese reali (2). Non è vero che il diritto nuovo riconosca il sistema della compensazione legale (3).

---

giacchè nelle fonti nostre appena ve n'ha traccia sicura. Tolti i passi interpolati e quelli attinenti ai procedimenti amministrativi, non rimarrebbero che i fr. 16, 18 e 23 D. 16, 2, di cui sono anche possibili spiegazioni diverse.

(1) c. 14 C. 4, 31; cfr. § 30 I. 4, 6. Questo è il più plausibile significato del comando che la comp. debba ormai farsi *ipso iure*. Non è necessaria una eccezione formale, nè altro speciale adattamento processuale; rientra nell'ufficio del giudice in generale di ammettere la compensazione, purchè riconosca la liquidità del credito opposto.

(2) È l'unico modo di spiegare la strana frase della c. 14 pr. *cit.* «nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda».

(3) Tant'è vero che abbondano nei Digesti passi interpolati (e quindi non rimasti inosservati ai compilatori), che statuiscono il regime contrario. L'unico trattamento che sarebbe conforme al principio della comp. legale sarebbe quello, per cui dal giorno della coesistenza dei debiti reciproci cessa la decorrenza degli interessi, ancorchè uno di essi non sia fruttifero, almeno fino a concorrenza.

502. La novazione è definita quale « prioris debiti in aliam obligationem.. transfusio atque translatio ». Il che si ha « cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur » (1). Occorre dunque che una precedente obbligazione dia col suo contenuto vita ad una novella, il che è possibile solo quando la nuova obbligazione sia *formale* e l'atto suo costitutivo non esaurisca per sè solo una causa sostanziale: « ex praecedenti *causa*.... nova constituatur », altrimenti si avrebbe una nuova obbligazione avente ragione propria di esistenza, che si aggiungerebbe alla precedente, ma non ne assorbirebbe il contenuto. Se ad es. Tizio, che ha venduto per 100 un fondo a Sempronio, permette a costui di tener il prezzo a titolo di mutuo, non vi è affatto novazione: ma rimangono due contratti e due obbligazioni distinte.

503. Il concetto fondamentale della novazione romana consiste nell'efficacia consuntiva di una obbligazione formale di una precedente causale o di precedente obbligazione formale, che in parte ne differisca (2); ad es. per l'aggiunta di termine (3).

Ma si tratta di un principio derivante dalla natura della *società* per cui fu anzitutto introdotto (fr. 11, 12 D. 16, 2); la sua estensione avvenuta più tardi si deve all'avversione crescente contro le *usurae*.

Su questo punto e sull'altra dottrina del Leonhard, per cui la compensazione sarebbe un atto unilaterale, v. anche il Ferrini, *Enc. giur.*, XII, p. 812 segg.

(1) Salpius, *Novation und Delegation* (1864); Salkowski. *Novation* (1886); Fadda, *Novazione* (1883); Gide, *Études sur la novation* (1879).

(2) Poichè se precedesse una identica obbligazione formale coll'identico contenuto, la nuova sarebbe inutile: « qui bis idem promittit ipso iure amplius quam semel non tenetur »; fr. 18 D. 45, 1.

(3) Cfr. intanto i fr. 18, 29 pr. e 58 D. 45. 1.

Pel diritto romano la stessa cosa può essere più volte dovuta alla stessa persona (fr. 14, § 2 D. 44, 2), ma *ex diversis causis*, ossia per diverse obbligazioni causali (fr. 10 D. 19, 1, ecc.). Invece sarebbe nulla un'obbligazione causale avente lo stesso contenuto di altra precedente fra le stesse parti, per es. la vendita della cosa già venduta (arg. fr. 10 cit.), a meno che si possa ritenere che le parti per mutuo dissenso abbiano receduto dalla prima vendita per conchiuderne una seconda a condizioni diverse; il legato della cosa già legata da parte dello stesso testatore è nullo (fr. 34. § 4 D. 30, ecc.). Quello che è già dovuto in forza di un'obbligazione causale si può dedurre in una formale, ma allora la prima resta consumata, giacchè la nuova obbligazione non ha causa propria. Sulla stipulazione però che accompagni il mutuo v. più avanti.

Lo strumento che serve all'uopo è nel diritto nuovo esclusivamente la *stipulazione;* nel diritto classico veniva adibita anche la trascrizione nel *codex accepti et expensi* (1). Deve constare la identità del contenuto; quindi una particolare indicazione è assolutamente necessaria quando si tratti di un'obbligazione diretta ad un *genus* o ad una *quantitas*, ovvero quando si tratti di persone diverse (altrimenti sarebbe ovvio ritenere i due rapporti siccome indipendenti); non così quando si tratti di una *species* che l'una parte già dovesse all'altra per qualsiasi ragione (2).

---

(1) Gai., 3, 123 sgg. Contro il Gide, *op. cit.*, p. 190 sg. cfr. Ferrini, *Enc. giur.*, XII, p. 813; si avverta che nel diritto classico l'*expensilatio* ha carattere schiettamente formale.

(2) « quod mihi Seius debet »; « quod Titium mihi dare

504. Moltepiice era l'utilità della novazione così concepita. Anzitutto la *stipulatio debiti* staccava la obbligazione da tutti i legami, che l'avvincevano alla sua causa originaria, e procurava un rimedio processuale più energico e sicuro; preparava la strada all'accettilazione (*stipulatio aquiliana* v. avanti) sempre utile anche quale forma eminente di quietanza (1). Inoltre (e questi vantaggi stanno tanto se il debito precedente risultasse da stipulazione, quanto se altrimenti) la novazione serviva per modificare, pur mantenendo la sostanza, il contenuto della precedente obbligazione e per trasferire da soggetto a soggetto il vincolo obbligatorio.

Questa dottrina della novazione poggia dunque tutta sulla funzione eminentemente formale della stipulazione. Ma nel diritto nuovo, in cui il senso del formalismo è venuto meno in gran parte, subentrano, come diremo, altri elementi. Nel diritto classico è solo la forma che decide se siavi novazione o cumulo di obbligazioni, se siavi aggiunta di un garante od *expromissio* del debito e così via (2).

505. La novazione presuppone:

a) un debito preesistente: può bastare anche un'obbligazione naturale (3). Un debito futuro

---

oportet»; «quod Titio debes»; «quod ex testamento dare mihi debes», ecc. V. fr. 75, § 6 D. 45, 1; fr. 76, § 1 *ib.*; fr. 8, § 5 e 34, § 2 D. 46, 2. e così via. L'identità di contenuto implica che l'oggetto è il medesimo e che non si è aggiunta veruna nuova causa sostanziale.

(1) Preparava anche il modo di fare accedere le garanzie di *sponsores* e *fidepromissores*.

(2) Gai., 3, 112. 116.

(3) Fr. 1, pr. D. 46. 2. Ciò non può intendersi che di

può del resto essere novato in precedenza (fr. 89 D. 45, 1); in tal caso il debito non appena nato si trova coinvolto nella nuova obbligazione;

b) un negozio formale che crei una nuova obbligazione. Purchè sia regolare, la stipulazione invalida consuma tuttavia l' obbligazione precedente (1);

c) per diritto giustinianeo l'*animus novandi.*

---

alcune obbligazioni naturali. Altrimenti la stipulazione produrrà un'obbligazione eliminabile con eccezione o il cui pagamento può ripetersi con *condictio.* In caso di stipulazione fatta dal delegato tali rimedii si daranno solo, quando nessuno dei due rapporti presupposti (fra delegante e delegato, fra delegante e delegatario) consista; cfr. Windscheid, *Pand.*, § 355, n. 9. Il Riccobono ammette l'impugnabilità della stipulazione se, mancando l'obbligazione fra delegante e delegato, la delegazione fosse avvenuta *donandi causa* a favore del delegatario: *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, VIII, p. 203.

(1) Gai., 3, 176 fa il caso di chi stipuli *post mortem* del promittente; di chi stipuli da una donna o da un pupillo *sine tutoris auctoritate.* Il Karlowa, *r. R. G.*, II, p. 741 sg., ricorda opportunamente altri casi, in cui un atto giuridico che dovrebbe trasformare o trasferire un rapporto, non potendo esplicare l'effetto positivo, esplica almeno il negativo (Ulp., 19, 14. 15; Gai., 2, 35; 3, 85 sg. fr. 66 D. 23, 3 cfr. Gai., 2, 30; Ulp., 11, 7; Ulp. 1, 18; Paul. 4, 12, § 1). Dare del resto una nozione generale è difficile. In alcuni casi la stipulazione genera almeno una obbligazione naturale (ma la promessa di un servo, sebbene produca tale obbligazione, non basta secondo l'opinione prevalente al tempo di Gaio e mantenuta nel diritto giustinianeo § 3 I. 3, 30 a consumare l'obbligazione antecedente); in altri casi tale obbligazione naturale non si produce e tuttavia l'efficacia consuntiva si esplica (fr. 8, § 11 D. 16, 1, ecc.).

Nel diritto classico, come dicevamo, l'efficacia esti tiva deriva dalla stessa forma o costituzione d negozio: Gaio non parla affatto di *animus:* a' su tempi una stipulazione: « quod tu mihi debes da spondes? » non poteva non esplicare quell'efficacia(1 Giustiniano invece ha stabilito, che dove le par *non abbiano espressamente* indicato di volere n vare, si aggiunga la nuova all'antica obbligazione « anteriora stare et posteriora incrementum illis a cedere » (2). In base a questa costituzione molti pass delle fonti furono interpolati (3).

---

(1) Cfr. per la importanza discretiva della formola Gai 3, 112. 116. 117 e § 176 (Gide, *o. c.*, p. 161 sg.). Anch nel fr. 24 D. 13, 5 tutto è riposto in ciò *si intercessiss stipulatio.*

(2) c. 8 C. 8, 41 (42); § 3 I. 3, 30.

(3) Ad es. fr. 58 D. 45, 1; fr. 3 D. 45, 2: fr. 2. fr. 6 pr fr. 8 pr. §§ 1. 2. 5; fr. 9 pr. D. 46, 2; fr. 4, § 4 D. 4 1, ecc. V. Gradenwitz, *Interp.*, p. 219 sg. e il Lenel varii di questi passi nella sua *Palingenesia.* Giustinian aggiunge alla rinfusa alcune *praesumptiones*, che avre bero servito ai *veteres* per arguire l'esistenza dell'*anim novandi.* Si tratta di un'allucinazione, non di Giustinian stesso, ma delle scuole orientali, che, impervie al sens dell'antico formalismo, avevano interpretato come *presun zioni di volontà* quelle ragioni formali, da cui essi desu mevano con sicurezza l'esistenza o meno di una nova zione. Ciò risulta dalla sua stessa esposizione. Vi era no vazione coll'aggiunta di *dies*, fideiussore, ecc., ma no sappiamo benissimo da Gaio che tutto ciò nulla ave che vedere coll'*animus novandi.* L'avero preso tropp alla lettera tali affermazioni di Giustiniano ha tratto i Costa (*Animus novandi*, 1898 estratto dagli *Scritti i onore di F. Schupfer*, vol. I) a negare a torto vario in terpolazioni. V. Ferrini, *Enc. giur.*, XII, p. 848 sg. Co maggior verità dice nella stessa costituzione Giustiniano che ormai la novazione deve avvenire *voluntate*, no *lege.*

d) identità di oggetto. Non c'è dubbio, come resulta dalla stessa definizione, che questa fosse rigorosamente voluta nel diritto classico. Gaio, ove accenna ad esempi di *aliquid novi* nella stipulazione novatoria, non indica affatto il mutamento di oggetto che, ove fosse stato possibile, avrebbe fornito il caso più ovvio ed evidente. Tale è pur la ragione, per cui non è possibile che A stipuli *novandi causa* l'usufrutto del fondo corneliano prima dovuto a B, giacchè l'usufrutto diversifica secondo la persona del titolare (1); o per cui non vi ha novazione se taluno stipuli una parte dopo di avere stipulato l'intero, non potendosi dire trasfuso nella nuova obbligazione il contenuto della precedente (2).

Però il diritto giustinianeo, in cui si manifesta la tendenza a tener più conto della volontà delle parti che dell'efficacia obbiettiva delle forme adoperate, in qualche caso in cui l'oggetto è mutato si ammette la novazione, p. es. se uno stipula un fondo e poi il suo usufrutto o viceversa o se stipula l'*actus* o poi l'*iter* o il *fructus* e poi l'*usus*, purchè «in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit» (3). Identica risoluzione abbiamo per l'ipotesi che chi ha stipulato il fondo corneliano stipuli poi «quanti is fundus est» (4).

---

(1) Fr. 4 D. 46, 2.

(2) Fr. 3, § 1 D. 19, 1; fr. 4, § 1 D. 22, 1; fr. 56, § 7 D. 45, 1; fr. 9, § 2 D. 46, 2 (*aliud magis stipulatur*). Cfr. anche fr. 91, § 6 D. 45, 1. Contro la dottrina esposta nel testo v. Ascoli, *Arch. giur.*, XXXIV p. 276 segg.; sul suo articolo v. Ferrini, *Enc. giur.*, XII, pagina 845 sgg.

(3) Fr. 58 D. 45, 1, manifestamente interpolato.

(4) Fr. 28 D. 46 2: «(si non novandi animo secunda stipulatio facta est) cessat novatio». Alterato è pure il fr. 91, § 6 D. 45, 1.

c) *Aliquid novi*. La novità può consistere nella deduzione in *stipulatio* dell'antica obbligazione avente diversa genesi (1). Se anche la precedente obbligazione derivava da *stipulatio*, la novazione vi ha se si aggiunge o si toglie un termine (2), una condizione (3), un fideiussore (4). Ma speciale importanza ha il cambiamento nei soggetti. Ciò avviene quando il debitore per *iussus* del creditore precedente (5) promette quanto doveva a costui ad un nuovo creditore, eseguendo la *delegazione* (6); delegante è

---

(1) Sull'utilità di questa trasformazione (che ha per effetto anche di rendere obbligazioni temporanee e trasmissibili obbligazioni intrasmissibili) v. *supra*. Bisogna anche avvertire che nel mutuo, se alla *numeratio pecuniae* si aggiunge una stipulazione, non si ritiene che siavi novazione: fr. 6, § 1 D. 46, 2 (fr. 126, § 2 D. 45, 1). Resta *unus contractus* esplicabile in doppia guisa. All'uopo occorre che i due atti si susseguano immediatamente: v. Pernice, *Parerga*, IV, p. 16 sgg.

(2) Il *dies* può essere aggiunto anche con un *pactum* (*de non petendo ad tempus*), senza novare.

(3) La stipulazione condizionale nova la precedente obbligazione soltanto *si condicio extiterit*: quella pura non nova la precedente condizionale, che nella stessa ipotesi. Questa dottrina pienamente conforme a quella della *translatio legati* (Ferrini, *Legati*, p. 587) ha prevalso sulla contraria già sostenuta da Servio Sulpicio (Gai., 3, 177).

(4) § 3 I. 3, 30. Gaio parla di *sponsor* e adduce in proposito una controversia scolastica: *l. c.*

(5) Senza tale volontà (fr. 8, § 5 D. 46, 2) avremo il cumulo delle due obbligazioni, ma non la novazione; la ragione è che il contenuto della prima non si può trasfondere, senza l'assenso del creditore, nella obbligazione nuova, che pertanto ha contenuto nuovo.

(6) La delegazione è un concetto più largo: essa si ha pure quando uno paghi ad un altro per ordine di un

l'antico creditore, delegatario il nuovo, delegato il promittente. Lo scopo della delegazione è vario: può essere per donare, per costituire una dote, per pagare, ecc.

Viceversa può accadere che un nuovo debitore si obblighi invece dell'antico, promettendo al creditore quello che il secondo gli deve (*expromissio*) (1). Non occorre il consenso del debitore precedente, ma sì quello del creditore per le stesse ragioni esposte per la delegazione. Il creditore può anche novare a condizione che sarà trovato solvente il nuovo debitore (fr. 30, § 2 D. 2, 14) o farsi dare dal primo debitore il mandato di stipulare dal secondo (§ 2 I. 3, 26), ciò che gli procura l'*actio mandati contraria* in caso di insolvenza di quest'ultimo. Anche l'*expromissio* può mirare a diversi scopi (donare, costituire una dote, liberarsi da un debito, ecc.).

506. La novazione ha un effetto consuntivo ed uno costitutivo. In forza del primo cessa l'antica obbligazione e con essa la mora in cui fosse incorso il debitore (2), nonchè gli accessorii: pegno, ipoteca fideiussori (3). La nuova obbligazione che nasce in

---

terzo, senza incontrare una nuova obbligazione (fr. 4, § 26 D. 44, 4; fr. 2, § 1 D. 39, 5, ecc.) ovvero quando uno si obblighi verso un altro per ordine di un terzo, ma sempre che preesista un'obbligazione (fr. 2, § 2 D. 39, 5; fr. 19, § 3 D. 14, 3). Cfr. da ultimo de Ruggiero, *Delegazione*, 1899 (dall'*Arch. giur.*, 63), e *Riv. ital. per le sc. giur.*, vol. 28, f. 1.

(1) L'*expromissio* può avere altri significati: Windscheid, *Pand.*, II, § 353, n. 8.

(2) Fr. 18 D. 46, 2.

(3) *L. c.* Per le garanzie reali l'inconveniente è in parte diminuito pel motivo che chi dimette un creditore ipote-

forza del secondo è per sè libera da tutte le eccezioni della prima (fr. 41 pr. D. 42, 1; fr. 12 D. 46, 2; fr. 4, § 20 D. 44, 4, ecc.); può darsi che per qualche ragione speciale sia paralizzabile con eccezione anche la nuova (ad es. perchè essa pure contenga una *intercessio*, o una *captio* del minore, od una *vis*, ovvero perchè il contegno del creditore che persista nel pretendere la prestazione possa ravvisarsi come affetto da dolo) (1). La tendenza già notata del diritto nuovo cerca talora di mantenere vive le antiche eccezioni o di giustificare con ragioni di opportunità il loro tramonto; donde varie interpolazioni: fr. 19 D. 42, 1; fr. 4, § 21 D. 44, 4, ecc.).

507. Gaio ravvicina alla novazione la contestazione di lite, che parimenti consumava a' suoi tempi l'antico rapporto e ne creava col suo contenuto un nuovo (2). Questo nuovo rapporto può avere nuove condizioni (*exceptiones in formula*), può avere scambiati i soggetti, è perpetuo e trasmissibile (ancorchè non lo fosse il rapporto antecedente) e così via. Però durano gli effetti della mora, durano le garanzie reali e personali, si muta l'oggetto nella corrispondente *aestimatio* e in vari casi il primo rapporto non è estinto *ipso iure*, ma solo *ope exceptionis*. Nel diritto giustinianeo la somiglianza fra la novazione e la contestazione di lite è ancora dimi-

---

cario subentra nel suo grado e, per le garanzie personali, resta possibilità di fare intervenire i mallevadori alla stipulazione novatoria.

(1) V. da ultimo de Ruggiero, *Delegazione*, c. 4 §§ 2, 3, di cui non posso accogliere tutte le idee.

(2) Gai., 3, 180: cfr. *fragm. vat.*, § 263; c. 3, § 2 C. 7, 54. Keller, *Röm. Civ. Pr.*, § 60.

nuita; l'effetto consuntivo della seconda è in gran parte venuto meno e lo stesso sparire della formula ha in certa guisa sottratto il simbolo esteriore dell'avvenuta modificazione. Le Istituzioni giustinianee (§ 3 I. 3, 30) non seguono più in questa parte le gaiane e non annoverano la *contestatio litis* fra i *modi*, « quibus obligatio tollitur ».

508. I negozii remissorii sono quelli, in cui il creditore dichiara di rimettere il credito o di rinunciare ad esigerlo, liberando in tal guisa il debitore.

509. In origine ogni obbligazione nascente da atto giuridico si estingueva in modo inversamente corrispondente a quello che aveva servito a costituirla e per conseguenza il pagamento stesso non operava tanto direttamente, quanto pel fatto che induceva il creditore ad addivenire ad una di queste figure estintive. Più tardi, divenuto il pagamento liberatorio in ogni ipotesi per forza propria, simili figure si adoperarono tutte le volte che le parti, senza addivenire al pagamento, volevano mettere fine ad un rapporto. La *solutio per aes et libram* (Gai. 3, 173, 174) si adoperava ancora nel diritto classico « si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur » (1). L'accettilazione letterale (2) era adoperata per le obbligazioni *quae litteris fiunt* e finalmente l'accettilazione verbale (3), unica di queste figure superstite nel diritto giustinianeo, serviva a togliere le obbligazioni nate da contratto verbale.

---

(1) Circa il *legatum per damnationem*, *ib.*, § 175.

(2) *Vat. fr.*, § 329.

(3) D. 46, 4; Gai., 3, 169 ; § 1 I. 3, 30.

510. L'accettilazione verbale consta di domanda e risposta, come la stipulazione, di cui è l'invertimento; l'iniziativa qui è presa dal debitore, che dice: « quod ego tibi promisi habesne acceptum? » il creditore risponde *habeo* (1). La formula farebbe quindi allusione ad un pagamento avvenuto (2) e per questo Gaio parla di *imaginaria solutio* (3). E così si spiega perchè, come si è visto, l'*adiectus solutionis causa* possa accettilare. Ma questa menzione del pagamento avvenuto, che rivela l'origine storica di essere il necessario complemento di esso, non rappresenta più il carattere sostanziale dell'atto nel diritto classico (4). Il creditore non può all'uopo essere sostituito nè da quelli che sono in sua potestà nè da estranei (5). Appunto perchè necessariamente orale, l'accettilazione non può farsi che *inter praesentes* (fr. 13, § 10 D. *h. t.*) e, appunto perchè tale, non può distruggere, giusta la legge di simmetria, che l'obbligazione nata *verbis*: « sed id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci (con novazione) et per acceptilationem dissolvi » (Gai. 3, 170). Su questo principio si basa la stipulazione aquiliana, che nova tutte le pretese esistenti a fa-

---

(1) Gai., *l. c.*

(2) Meno evidente è l'allusione nell'altra formola conservata da Ulpiano (e di origine posteriore): « Accepta facis decem? facio »: fr. 7 D. 46, 4.

(3) Come la *solutio per aes et l.* Gai., *l. c.*, § 174.

(4) Come la menzione dell'*acceptum* e dell'*expensum* nelle *litterae* non ne toglie il carattere formale. Gaio, *l. c.*, § 171, avverte che la donna non può accettilare *sine tutoris auctoritate*, sebbene *solvi ei possit.*

(5) Invece il debitore può essere rappresentato dalle persone *in potestate* (fr. 63. 71, § 2 D. 46, 3).

vore di una parte contro l'altra preparando così una generale accettilazione. Questa forma è molto utile per chiudere definitivamente i rapporti fra due persone. Nel diritto giustinianeo, oltre che l'obbligazione nascente da stipulazione, si può accettilare quella derivante *per iusiurandum operarum* del liberto (1).

511. Nel diritto giustinianeo non è dubbio che si possa accettilare parzialmente l'obbligazione (§ 1 I. *cit.*; cfr. Gai., 3, 172). L'accettilazione non comporta nè termine nè condizione (2). Essa distrugge completamente l'obbligazione, come il pagamento: quindi l'accettilazione fatta da un creditore correale o ad un debitore correale toglie affatto di mezzo il vincolo; l'accettilazione fatta al fideiussore libera anche il debitore principale. Nella sua funzione giuridica (3) l'accettilazione è un atto solenne, che opera per efficacia della sua forma, ma che non basta ad esaurire una causa sostanziale e appare quindi sempre quale elemento di un più complesso negozio giuridico sostanziale: donazione, costituzione di dote, pagamento, ecc.

512. Il *pactum* secondo le XII tavole estingueva pienamente le obbligazioni nascenti da delitti privati. Ma si trattava di una *compositio* verso corrispettivo; di un negozio quindi material-

---

(1) Fr. 13 pr. D. *h. t.* (interp.). *Dictio dotis* (nel diritto classico)? Fr. 36. 38. 41, § 4 D. 23, 3.

(2) Fr. 5 D. *h. t.* Nel diritto classico non manca qualche esempio di reazione dell'incertezza insita nella causa del negozio più complesso di cui l'accettilazione è un elemento; fr. 43 pr. D. 23, 3.

3) Hartmann, *Arch. f. die civ. Pr.*, LXXXV, p. 44 seg.; Ferrini, *Enc. giur.*, XII, p. 837 sgg.

mente caratterizzato (1). Più tardi tale efficacia assoluta ebbe in questi casi il *pactum de non petendo* (fr. 7, § 14 D. 2, 14). L'editto pretorio ordina il rispetto dei patti (2); praticamente ciò significa che il patto almeno produce un'arma di difesa. Tale funzione del *pactum* è evidente appunto nel *pactum* in genere *de non petendo*. Questo è libero da ogni osservanza di forma; può risultare anche dal contegno concludente delle parti; può essere parziale o totale, in perpetuo o a tempo, puro ovvero a termine o sotto condizione, ecc. (3). La sua efficacia può restringersi *ad personam* (fr. 7, § 8 D. *h. t.*), ad es. al debitore principale, senza estendersi al fideiussore, agli eredi, ecc. Può invece essere *in rem* e allora profitta a tutti coloro, la cui liberazione giova al paciscente; non ad altri. In tal caso il patto fatto con uno dei *correi debendi* giova agli altri, se esiste fra essi qualche speciale rapporto che determini un regresso; il patto fatto col debitore principale libera il fideiussore (non viceversa) (4). Fuori di queste ipotesi, il patto può indirettamente giovare al terzo in quanto il petente commetta un dolo andando contro la sua esplicita parola; invece dell'*exc. pacti* servirà l'*exc. doli* (5). Il patto *de non*

---

(1) Ferrini nel *Filangieri*, XVII (p. 11 dell'estratto) approvato dallo Hartmann, *l. c.* p. 6 sg. Sul patto processuale v. Bülow nell'*Archiv* cit., LXXXIII, pag. 99 segg.

(2) Manenti, *Sulla teoria generale dei pacta* (1891); Ferrini, *l. c.*

(3) Fr. 2 pr., § 1 D. 2. 14; fr. 10, § 2, 28, § 2 D. *ib.*

(4) Fr. 21, § 5, 23, 25 pr. D. 2, 14

(5) Su' rapporti fra le due eccezioni v. Hugo Krüger, *Beiträge zur Lehre der exc. d.*, I, p. 93 sgg. Cfr. Costa, *Exceptio doli*, p. 131 sgg.

petendo può essere revocato con un patto posteriore e contrario. Il patto *de non petendo* non basta ad esaurire una causa e non compare quindi mai isolato, ma sempre come elemento di un più complesso negozio giuridico sostanziale, che può essere donazione, costituzione di dote, pagamento (di una obbligazione diretta *ad liberandum*, ecc.) (1).

513. Il legato di liberazione in origine non importava che l'obbligo dell'erede di addivenire, secondo i casi, ad un'accettilazione o ad un *pactum de non petendo*. Più tardi in base ad esso fu possibile al legatario di difendersi con un'eccezione di dolo (2).

514. Nelle obbligazioni consensuali, *re integra* e cioè prima che sia stata data nessuna esecuzione, le parti possono recedere di mutuo accordo (*mutuus dissensus*), estinguendosi in tal modo *ipso iure* e non solo *ope exceptionis* l'obbligazione (3). Non mancarono giuristi, i quali ritennero potere le parti risolvere in tal modo la compravendita, anco se il venditore avesse già prestato, purchè prima si riprendesse coll'assenso del compratore la merce (4).

---

(1) V. Hartmann, *l. c.*, p. 12 sgg. Il compianto giurista procede da un concetto angusto di *causa:* per suo conto il *pactum de non petendo* sarebbe una figura indifferente rispetto alla causa: Cfr. Ferrini, *Enc.* cit., pag. 833 segg.

(2) Fr. 45 pr. D. 40, 5; fr. 15 D. 37, 4; fr. 50, § 6 Digest. 38, 2. Krüger nella *Ztschr.* di Grünhut, 1894; Costa, *o. c.*, p. 249 sgg.

(3) Fr. 7, § 6 D. 2, 14. Però le obbligazioni formali accessorie non si estinguono che *ope exceptionis :* fr. 3 D. 18, 5. La regola, secondo il Perozzi, sarebbe stata dai giuristi classici stabilita per la sola compravendita: *Scritti in onore di F. Schupfer*, vol. I, p. 175 sgg.

(4) Fr. 58 *ib.* (non scevro da interpolazioni).

515. Il negozio giuridico costitutivo di un'obbligazione non può, a rigore, contenere un termine finale dell'obbligazione medesima e neppure una condizione risolutiva di essa. Se ad es. fu stipulato: « Spondesne decem usque ad kalendas Martias? » l'obbligazione è valida in perpetuo e lo stesso dicasi di un legato. Il creditore potrà chiedere anche dopo il termine o la condizione finale. Nel diritto giustinianeo però *post tempus* il creditore può essere respinto con una *exceptio pacti* o *exceptio doli* (1). Se si tratta di prestazioni periodiche, p. es. di una rendita annua, non si può, a rigore, stabilire un termine neppure per la cessazione dell'obbligo di nuove prestazioni. Però, trattandosi di legati, la difficoltà fu superata, considerandosi in tal caso ordinata una serie intera di legati, dei quali il primo puro, i successivi a termine o sotto la condizione che al loro *dies* il legatario viva (2). Per le stipulazioni è esplicitamente attestato il contrario: « stipulatio huiusmodi *in annos singulos* UNA EST ET INCERTA ET PERPETUA » (3). Quindi il creditore (che non si valga di opportuna *praescriptio*) non può chiedere gli arretrati senza consumare l'intera obbligazione; il giungere del termine finale non impedisce che maturino nuove rate di prestazione (4).

Nelle obbligazioni di buona fede tanto rigore non è ammesso ed è certo che anche per diritto classico si poteva conchiudere un inverso negozio sotto con-

(1) Fr. 44, § 1 D. 44, 7 (interp.); § 2 *ib*.

(2) La dottrina risale a Sabino: fr. 4 D. 33, 1.

(3) Fr. 16, § 1 D. 45, 1.

(4) Nel diritto giustinianeo serve all'uopo l'*exceptio pacti* o *doli*.

dizione sospensiva (a torto, come si è detto, si parla di condizione risolutiva), all'avvento della quale non si facevano più valere gli effetti del negozio puramente conchiuso.

516. Quando l'obbligazione venga meno perchè diventa impossibile la prestazione dovuta, abbiamo già detto. Un caso particolare di questa figura estintiva delle obbligazioni si ha nel così detto *concursus causarum lucrativarum* (1).

Noi sappiamo come un'obbligazione *ad dandum* non può consistere se la *species* da dare è già in proprietà del creditore. L'obbligazione non nasce e quindi non c'è convalescenza, se poi la cosa esce dal dominio del creditore. Il principio è così rigoroso, che, posta un'obbligazione alternativa di dare *a* o *b*, se *a* è già in dominio del creditore, l'obbligazione è semplice e *a* non si potrà prestare con efficacia liberatoria neppure nel caso, che sia poi uscito da tale dominio. La ragione sta in ciò, che questa posizione della cosa è in assoluto contrasto colla funzione dell'obbligazione. Se la cosa dovuta in una valida obbligazione *ad dandum* diventa più tardi per altra via proprietà del creditore, avremmo un caso di impossibilità (giuridica) sopraggiunta (2):

---

(1) Sell, *Ueber die r. r. Aufhebungsart der Obl. durch c. c. l.* (1839); Mommsen, *Beiträge*, I, p. 255 sgg., III, p. 413 sgg.; Arndts, *Vermächtnisse*, I, p. 249-343; Hartmann, *Die Obligation*, p. 3-116; Ferrini, *Legati*, p. 606 sg.; Salkowski, *Vermächtn.*, p. 122 sgg. o da ultimo Ferrini (*Rend. Ist. Lomb.*, vol. XXIV, fasc. 6). V. in questo lavoro un esame critico delle varie dottrine, che qui non si può riprodurre.

(2) Fr. 16, pr., D. 45, 1: « si Stichum aut Pamphilum mihi debeas *et alter ex his meus factus sit ex aliqua causa*

« in perpetuum quotiens id quod tibi debeam ad te pervenit, competit liberatio ». Però si venne a poco a poco ad ammettere che il creditore, a cui la cosa fosse pervenuta altronde, ma in modo revocabile (1) o in dominio limitato (2) o verso un sacrifizio (3), potesse tuttavia agire per ottenere o che si togliesse la revocabilità od il limite (o si procurasse l'equivalente pecuniario), ovvero si rimborsasse il sacrifizio. Sicchè si stabilisce la regola che, quando la cosa dovuta perviene per altra via intieramente ed a titolo lucrativo nel dominio del creditore, l'obbligazione si estingue. La regola pare fissata in modo definitivo da Salvio Giuliano (4). Sebbene si soglia discorrere del concorso di più cause lucrative, non può dubitarsi che la stessa risoluzione debba darsi pel caso in cui chi è creditore per causa onerosa ottenga la cosa *ex causa lucrativa* (5). Se a Tizio è legato un fondo in due diversi testamenti e il primo erede gliene procura il dominio, cade l'obbligazione derivante dall'altro legato; mentre se in forza del primo legato egli ottiene l'*aestimatio*, nulla vieta che possa chiedere il fondo in base al secondo (6).

Queste regole non si applicano che là dove si

---

reliquus mihi debetur a te ». Importantissimo è in proposito il fr. 45 pr. D. 30, su cui vedi i miei *Legati*, p. 611 e l'estratto del citato lavoro p. 6 e 19.

(1) Fr 39, § 2 e fr. 82 pr., § 1 D. 30; fr. 83, § 6 Digest. 45, 1 (cfr. pel pagamento fr. 20 D. 46, 3).

(2) Fr. 82 pr. cit. (cfr. fr. 69 D. 46, 3).

(3) Ferrini, *op. cit.*, § 14.

(4) Fr. 17 D. 44, 7; fr. 82 pr. e 108, § 4 D. 30; fr. 73 Digest. 31; fr. 29 D. 19, 1, ecc.

(5) Fr. 9 D. 21, 2.

(6) § 6 I. 2, 20.

tratta della dazione di una *species* (1). Infatti la prestazione di un *genus* è moltiplicabile e non si crea pertanto veruna impossibilità.

517. Si estingue l'obbligazione anche quando le qualità di creditore e di debitore si confondono nella medesima persona (*confusio*). La ragione sta nell'evidente impossibilità che si mantenga il rapporto tolta la distinzione dei soggetti. Quando è il creditore che succede al debitore, non è remota l'analogia del pagamento (*potestas solutionis*, fr. 50 D. 46, 1; fr. 71 pr. *ib.*, ecc.) (2). La differenza tra confusione e pagamento è chiarissima nell'ipotesi di più condebitori correali. Se uno succede al creditore o viceversa, non cessa punto l'obbligazione di fronte agli altri; è *sublata persona*, non l'obbligazione. Lo stesso dicasi se il creditore succede al fideiussore o viceversa. L'obbligazione estinta per confusione si restituisce, quando per ragioni speciali si liberi l'erede dalle conseguenze dell'eredità acquisitagli (3).

518. Quando la morte arrechi estinzione dell'obbligazione, s'è visto a suo tempo. La *capitis deminutio* di regola non importa estinzione di crediti: questi trapassano in chi acquista la potestà sul *minutus*, ma non si perdono. Invece per diritto civile puro si estinguevano i debiti anche colla mi-

---

(1) V. i testi ne' *Legati*, p. 166. Altre osservazioni nell'*op. cit.*, § 21 sg., dove si confutano le osservazioni dello Hartmann, *l. c.*, p. 82-85 e del Windscheid.

(2) V. applicazione nel fr. 1, § 18 D. 35, 2. V. fr. 41, § 2 D. 21, 2.

(3) Fr. 87, § 1 D. 29, 2. Pel caso di *hereditas evicta* in base alla querela *inofficiosi* v. fr. 21, § 2 D. 5, 2.

nima *capitis deminutio*; ma all'uopo soccorreva il pretore concedendo l'azione utile al creditore.

Al primo libro rimandiamo per quello che concerne la prescrizione estintiva delle azioni personali e di riflesso delle obbligazioni.

CAPO VII.

FONTI DELL'OBBLIGAZIONE IN GENERALE. CONTRATTI.

519. Secondo Gaio « omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto ». Tale distinzione delle obbligazioni (3, 88) è certo antica: in essa la voce *contractus* non significa tanto la convenzione obbligatoria, quanto ogni atto giuridico, da cui un'obbligazione possa derivare (1). E per vero lo stesso Gaio pone tra le obbligazioni *ex contractu* la *litteris obligatio* (2). a costituire la quale è per me molto dubbio che fosse necessario un reciproco accordo. Pone inoltre la *re obligatio*; non solo quella nascente dal mutuo (dove pur qualche volta la dottrina romana non sempre opera coi principii della materia contrattuale) (3), ma anche quella nascente dall'indebito pagamento, il quale sicuramente non rientra nel significato ristretto e tecnico di *contrac-*

---

(1) Sul significato di *contractus* v. anche Pernice *Parerga*, III, p. 219.

(2) 3, 89. 128 sg.

(3) Fr. 32 D. 12, 1, ecc.

tus (3, 90, 91). Appunto (1) questo divario fra l'antica accezione della parola e la nuova e angusta, che si era venuta costituendo, ha indotto il medesimo Gajo nella sua opera posteriore delle *res cottidianae* a modificare la classificazione (2): l'obbligazione deriva o da contratto (in senso stretto) o da delitto, « aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris ». Tali *variae figurae* sono molto diverse fra di loro: sono negozii giuridici non contrattuali; sono condizioni oggettive a cui il diritto fa risalire immediatamente un'obbligazione; sono delitti non considerati come tali per ragioni storiche ovvero casi di responsabilità senza colpa. Nelle scuole orientali parve che, secondo che tali obbligazioni si dirigessero ad una prestazione analoga alle contrattuali o avessero funzione di risarcimento, si potessero assimilare a quelle *ex contractu* o a quelle *ex delicto*. Nelle *Istituzioni* di Giustiniano (3) leggiamo: « sequens divisio in quat-

---

(1) Ferrini, *Bull. dell'ist. di d. r.*, VII, p. 92 sgg.; *Digesto it.*, IX, p. 727 sgg.; *Enc. giur. it.*, XII, p. 645 sgg.

(2) Fr. 1 D. 44, 7. Un'altra classificazione di Modestino troviamo nel fr. 52 pr. *ibid.*: « Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu, aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato ». In sostanza (poichè Modestino pone le specie in luogo dei generi) si dice che l'obbligazione deriva o da negozio giuridico o da delitto o da immediata disposizione dell'ordine giuridico, ciò che è verissimo. Sulla *necessitas* v. *supra*; sulla non buona esemplificazione di Modestino v. *Enc.* cit., p. 646.

(3) § 3 I. 3, 13. Sul modo con cui fu compilato questo paragrafo v. Ferrini, *Fonti delle Ist.*, p. 30 (160).

tuor species deducitur: aut enim (obligationes) ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio »; in esse si discorre di « obligationes quae quasi ex delicto nascuntur » o « quasi ex contractu » (1). Nell'indice greco delle *Istituzioni* compaiono il *quasi contratto* e il *quasi delitto* (2) elevati a figure autonome generatrici di obbligazioni; sarebbe ben difficile il dare una nozione positiva di simili figure, sotto cui vengono ricondotti elementi così disparati. Basti avere accennato come esse siano aliene dal vero spirito della giurisprudenza romana e come l'unica classificazione scientifica delle fonti dell'obbligazione sia quella che distingue l'obbligazione nata da atto giuridico e quella nata da delitto: la prima tende ad attuare i fini leciti delle parti, la seconda a rimuovere le conseguenze della illecita volontà dell'uomo. Si devono aggiungere poche obbligazioni, che hanno una funzione complementare nell'ordinamento giuridico e che dipendono dal verificarsi di un'oggettiva condizione di cose.

520. Cominceremo a discorrere delle obbligazioni nascenti da atto giuridico. L'atto giuridico, che più comunemente dà vita all'obbligazione, è il contratto. Il contratto è appunto definito nel citato indice greco (3) « l'incontro ed il consenso di due o più persone diretto a costituire un'obbligazione e a rendere l'una debitrice dell'altra ». Così è data la vera nozione del *contratto* romano, il quale è esclusiva-

---

(1) 4, 5 e 3, 27.

(2) III, 13, § 2 (ed. Ferr., II, 318); III, 27 pr., § 3 (*ib.*, p. 371 sq.); IV, 5 pr., § (II, 414 sq.).

(3) III, 13, § 2 cit.

mente obbligatorio (1). La prima parte della citata definizione allude a testi ben noti (2) e contrasta all'opinione che taluno (in quanto amministri più di un patrimonio) possa conchiudere contratti con sè medesimo (3). In realtà tale opinione non è confortata da alcun sicuro argomento (4) e non sarebbe possibile offrirne esempii (5).

521. Il contratto può produrre obbligazione per

---

(1) Pernice, *Parerga*, III, p. 195-210.

(2) « Duorum pluriumve placitum (et) consensus » : fr. 1, § 2 D. 2, 14: « duorum consensus atque conventio »: fr. 3 pr. D. 50, 12: « ex duorum pluriumve consensu »: fr. 31 D. 44, 7.

(3) Sull'argomento: Römer nel vol. XIX della *Ztschr. f. das ges. HR.*; Rümelin, *Das Selbstkontrahieren* (1888: cfr. E. Serafini, *Arch. giur.*, XLIII, p. 255 sg.); Arnò, *Il contratto con sè medesimo*, 1896 (dai vol. LVI e LVII dell'*Arch. giur.*). Cfr. Ferrini, *Enc. giur.*, XII, p. 655 sgg.

(4) Io evito la questione di principii. Del resto se il contratto ha questo di caratteristico, che il rapporto obbligatorio fra due patrimonii è in esso voluto da chi li rappresenta, *a priori* non si vede perchè quando uno solo li rappresenta entrambi esso non possa ridursi alla manifestazione di un'unica volontà. *Praticamente* ci sono buone ragioni per non concederlo.

(5) *Sibi solvere* ed *exigere a semetipso* non sono *contratti* nel senso romano della parola. Su tali atti v. Ferrini, *l. c.*, p. 656. Più grave sembra il « sibi creditam pecuniam scribere » (fr. 9, § 7 D. 26, 7), su cui v. Eck, *Ztschr. f. d. ges. HR.*, XXXIX, p. 269 sgg. (cfr. Windscheid, *Pand.*, II, § 439). Io persisto a vedervi una *obligatio litteris*, la quale a mio avviso non è contrattuale (*o. c.*, p. 657). V. all'incontro il fr. 54 *ibid.*; fr. 5 D. 26, 8 (*l. c.* p. 658). Sul fr. 2, § 8. 9 D. 41, 4 cfr. Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 276.

una sola delle parti o per entrambe (*ultro citroque nascitur obligatio*); nel primo caso discorrono i moderni di contratto unilaterale; nel secondo di contratto bilaterale. È però da osservare come in alcuni contratti le due obbligazioni siano essenziali, come nella compravendita, nella locazione; in altri una sola sia essenziale e l'altra possa esserci o no a seconda delle circostanze (1). Nella prima ipotesi una parte non può pretendere la prestazione dell'altra senza avere prestato o almeno senza offrire la propria prestazione. L'eccezione anzitutto introdotta contro il banchiere, che « pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur » senza tradere la cosa (2) fu poi estesa come *exceptio in factum* agli altri casi (3). Se una sola delle prestazioni diventa im-

---

(1) È notevole come Labeone mirasse a restringere la appellazione di *contractus* ai soli contratti bilaterali: fr. 7, § 2 D. 2, 14; fr. 19 D. 50, 16; cfr. Pernice, *Parerga*, III, p. 219 seg.

(2) Gai., 4, 126*a*; cfr. fr. 5, § 4 D. 44, 4.

(3) Fr. 25 D. 19, 1; cfr. c. 5 C. 8, 44 (45). Il Keller, *Jahrb. des gem. Rts.* IV, p. 337, ritiene che in questi contratti l'obbligazione di ciascuna delle parti è affetta dalla reciproca; si è tenuti non a prestare, ma a contro-prestare e si deve parlare di un limite e di una posizione naturale dell'obbligazione anzichè di una difesa *ope exceptionis*. Cfr. Vangerow, *Pand.*, III, p. 286; Windscheid, *Pand.*, II, p. 205; Ferrini, *Enc.* cit., p. 700. Grande assegnamento fa quella dottrina (che però urta contro i passi citati, cui rimuove con artificiosa interpretazione) sul fr. 13, § 8 D. 19, 1: v. però gli autori citati e fr. 57 pr. D. 21, 1. Si tratta non di carenza di fondamento nell'aziono, ma di resultato negativo del suo esperimento. Le differenze pratiche fra le due teorie concernono la prova della contro-prestazione, l'inizio della prescrizione, la spiegazione del *periculum*.

possibile, rimane tuttavia esperibile l'altra obbligazione, a meno che si opponga la natura del contratto, come avviene nella locazione, in cui la mercede si commisura all'uso della cosa locata (1).

Una parte non può in tali contratti pretenderne lo scioglimento per causa dell'inadempimento dell'obbligazione corrispettiva; non ha altro rimedio che insistere colla propria azione per ottenere che questa venga adempiuta (2).

Potrebbe avvenire che una delle parti si obblighi con piena validità e non l'altra per ragioni personali (ad es. un pupillo *infantia maior*, che compera o vende *sine tutoris auctoritate*): si ha un *contractus*, che *ex uno latere constat* (fr. 13, § 29 D. 19, 1). È molto disputato, se la parte obbligata sia astretta a prestare anche se l'altra valendosi della sua posizione si rifiuta a prestare per conto suo (3).

522. Possono i contraenti creare un'obbligazione a favore di persona rimasta estranea al contratto e quindi neppure rappresentata in esso? (4). Un negozio giuridico in generale può produrre effetti

(1) Fr. 56 D. 2, 14; fr. 5 D. 19, 2; fr. 16 D. 34, 3; fr. 9, § 1. 4. 6 D. 19, 2. Il fr. 50 D. 19, 1 si spiega con riferimento alle *novae tabulae*.

(2) c. 8 C. 4, 38; c. 14 C. 4, 44.

(3) Cfr. Windscheid, *Pand.*, II, § 321, p. 23. Il Keller risponde negativamente in base alla sua teoria del contratto bilaterale; ma alla stessa soluzione si può giungere per altre vie.

(4) Abbondantissima è la letteratura. Cfr. Gareis, *Verträge zu Gunste Dr.* (1873); Tartufari, *Contratti a favore dei terzi*, 1889; Ehrenzweig, *Die sog. zweigl. Vertr.*, ecc., 1895; Eisele ne' suoi *Beiträge zur röm R. G.*, 1896; Pacchioni, *I contratti a favore dei terzi*, 1898; Ferrini, *Enc.* cit., p. 705 sgg.

anche per chi non vi partecipa; ma il diritto romano antico (1) e classico è fermo nell'escludere che un terzo possa derivare un diritto da un contratto, al quale non ebbe parte; nel diritto giustinianeo il principio rimane intatto e solo si fanno alcune limitate eccezioni per ragioni particolari. Il contratto a favore di un terzo è nullo, non solo in quanto il terzo non ne ricava alcun diritto, ma in quanto neppure chi s'è fatto promettere una prestazione a favore di esso non deriva alcun'azione. « Inutilis est stipulatio, si ei dari stipulamur, cuius iuri subiecti non sumus » (2): e « cum nihil sit actum ea conceptione verborum » (3). Nei contratti non formali è possibile che sotto l'apparente promessa fatta a favore di un terzo si asconda una promessa fatta al contraente medesimo e in tal caso il contratto varrà nei limiti di questa.

Se il contratto è fatto a favore di un contraente e del terzo, varrà solo per la parte del contraente e per l'altra parte sarà assolutamerte inefficace (4).

---

(1) Per l'antico *agere per aes et libram* (Ehrenzweig, *o. c.*, p. 76) cfr. Ferrini, *Enc.*, p. 705.

(2) Gai., 3, 103. Cfr. fr. 73, § 4 D. 50, 17; fr. 38, § 17, e 110 pr. D. 45, 1; fr. 11 D. 44, 7 (« neque stipulari neque emere vendere contrahere ut alter... recte agat possumus »); fr. 9, § 4 D. 12, 1; c. 3 C. 8, 38 (39); c. 19 pr. C. 5, 12; c. 22 pr. C. 8, 53 (54), ecc.

(3) Il Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 193, ammette che il contratto valga nel senso di fornire azione al contraente, se esso ha voluto acquistarla. Ma ciò per la stipulazione è impossibile, v. anche Pacchioni, *o. c.*, p. 16. Cfr. il fr. 126, § 2 D. 45, 1 (Ferrini, *o. c.*, p. 707).

(4) Tale è l opinione proculiana (Gai., 3, 103) accolta anche in diritto giustinianeo: § 4 I. 3, 19; fr. 56 pr. D. 45, 1. La diversa opinione sabiniana è conservata in fr. 64

Il diritto classico è così rigoroso, che non ammette neppure che si possa stipulare a favore dei propri eredi, giacchè in tal caso, non devolvendosi ad essi il credito *iure hereditario*, ma *iure stipulationis*, appaiono quali *terzi* di fronte ai contraenti. Lo stipulante avrebbe almeno dovuto dire « *mihi* et heredi meo dare spondes? » (Gai., 3, 100) (1). Nel diritto giustinianeo questo punto è stato riformato (c. 13, c. 8, 37 (38); § 13 I. 3, 19); la qualità di erede prevale e permette la validità del contratto, sebbene il credito non si acquisti al destinatario *quale erede* (2).

Non è da negare che il diritto classico potesse considerare come risolto a favore dello stipulante un fatto dedotto in obbligazione, che immediatamente e materialmente pareva stipulato per un terzo. Così se un contutore, *qui administrare coeperat*, cede l'amministrazione al collega e stipula « rem pupilli salvam fore » (fr. 38, § 20, D. 45, 1). È come stipulare l'indennità verso qualunque conseguenza di non buona amministrazione: *potest defendi stipulationem valere* (3).

D. 18, 1 (Giavoleno). È spiegabile la conservazione dell'ultimo passo dal momento che, trattandosi di contratto non formale, sotto l'apparenza della promessa a favore del terzo poteva contenersene una a favore del contraente.

(1) Sulle interpolazioni del fr. 45, § 2 D. 45, 1 v. Lenel, *Paling.*, in *h. l.*

(2) Anche se taluno stipula *sibi et heredi* non lo può fare che per gli eredi in genere, non per taluno in particolare, almeno se si tratta di *stipulatio dandi*. Circa alla *stipulatio faciendi* v. fr. 137, § 8 D. 45, 1 (Vangerow, III, p. 291).

(3) Il rimanente del passo è interpolato, Ferrini, *o. c.*,

523. Il diritto giustinianeo, oltre i casi accennati nella nota precedente, procura di tenere in piedi il contratto a favore dei terzi, quando il venditore pattuisca qualche prestazione a favore del conduttore (1); quando il costituente la dote ne pattuisce la restituzione in determinate evenienze a certe persone (2); quando taluno depone o commoda cose altrui col patto che vengano restituite al domino (3); quando il donante impone al donatario degli oneri a favore di un terzo (4). Rimangono pochi casi di imperfetto sviluppo della rappresentanza diretta (5).

---

p. 709. Altre interpolazioni, *ibid.*, §§ 21-23, che provano la tendenza del diritto giustinianeo a salvare la stipulazione a favore di un terzo che presenti un interesse per lo stipulante (Ferrini, *l. c.*; Pernice, *o. c.*, p. 193 sg.). Interpolata è pure la c. 3 § 1 C. 8, 38 (39), su cui v. Ferrini, p. 710.

(1) Il caso rientra nel principio della nota precedente, giacchè il venditore mira a salvarsi dal regresso del conduttore verso di lui: c. 9 c. 4, 65 (interp.) Il diritto classico non conosceva altro rimedio che quello di fare intervenire il conduttore quale stipulante: *o.* e *l. c.*

(2) Il principio contrario è ancora nelle c. 19 e 26 C. 5, 12. Gravemente alterato è il fr. 45 D. 24 3, (Fabro, *Coniect.*, 19, 19; Eisele, *Beitr.*, p. 77 sg.; Pacchioni, *l. c.*, p. 47). V. pure la c. 7 C. 5, 14, per cui l'interpolazione è direttamente attestata da Taleleo.

(3) c. 8 C 3, 42 (*interp.:* Eisele, p. 80 sg.).

(4) Molto frammentario è il § 286 de' *Vat. fr.*, da cui poco si può ricavare. Alterata è, come dimostra anche il confronto, la c. 3 C. 8, 54.

(5) Sulla c. 19 C. 4, 32 (che non si riferisce alla nostra materia) v. Pacchioni, *l. c.*, p. 71 sg. Nel diritto classico parrebbe fare eccezione alla regola « nemo alteri contrahere potest » qualche decisione relativa al mutuo (fr. 9,

524. Tanto meno è in via generale concesso di obbligare, contraendo, un terzo: anzi da un simile contratto non deriva alcuna obbligazione per gli stessi contraenti (§§ 3 e 21 I. 3, 19) (1). È però lecito convenire, che un contraente deva fare quanto sta in lui per ottenere il fatto di un terzo; § 3 I. 3, 19 (ind. greco, II. p. 336 ed. Ferr.) (2) e si può obbligarsi a rispondere dell'*id quod interest* nel caso che manchi il fatto aspettato di un terzo (3).

525. Gaio insegna essere quattro i generi delle obbligazioni « quae ex contractu nascuntur »: « aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu » (3, 89). L'*obl. litteris* è scomparsa nel diritto giustinianeo; è molto disputato in che essa consistesse precisamente (4). Non è affatto certo

---

§ 8 D. 12, 1, ecc.). Ma in tali casi la ragione della efficacia non sta nel *contratto*, ma nell'oggettivo rapporto di arricchimento che fonda la *condictio* (cfr. per la *condictio indebiti:* fr. 6. 47. 57 pr. D. 12, 6). V. Ferrini, *l. c.*, p. 714; Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 321 sg. Sulle stipulazioni a cui accennano varie iscrizioni del vol. XIV del *Corpus inscr. lat.* v. *ibid.*, p. 715 sg.

(1) Fr. 65 D. 46, 1; 38, § 1 D. 45, 1; Gai., 3, 100 (obbligazione a carico dell'erede: c. 11 C. 8, 37 a § 13 I. 3, 19). V. la Nov. 115, c. 6.

(2) Fr. 38, § 24; fr. 81 pr. D. 45, 1.

(3) Notevole la *stipulatio ratam rem dominum habiturum*, fr. 13 pr. 18, 19 D. 46, 8. *Stipulatio amplius non peti* (fr. 15 pr. ib.). Sulla *stipulatio certam personam fideiussuram*, fr. 14 § 2 D. 13, 5 (sulle cui interpolazioni v. Ferrini, *o. c.*, p. 729).

(4) L'argomento non rientra nella presente trattazione. V. del resto Voigt nello *Adhandl.* dell'Acc. di Lipsia, 1883 e contro di lui Niemeyer, *Ztschr. der S. S. R. A.*, XIII, p. 312 sg.; Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 746 sg. La così detta obbligazione letterale del diritto giustinianeo è tutt'altra cosa.

che essa presupponesse una vera convenzione (l'appellativo di *contractus* nelle *Istituzioni* di Gaio non è indice sicuro): v'era senza dubbio l'iscrizione nel *codex accepti et expensi* del creditore, la quale doveva in qualche cosa distinguersi dalla semplice menzione di crediti fatta a scopo di bilancio (nomina arcaria). Gli altri *genera* sussistono anche nel diritto giustinianeo: § 1 I. 3, 13. Il contratto *consensu* è quello che si perfeziona senza alcuna formalità fra le parti, che manifestano la loro conforme volontà; il contratto *verbis* si perfeziona quando siano usate parole solenni scambiate *inter praesentes*. Il contratto *re* è quello che si perfeziona quando la parte che rimane obbligata ha accettato di esserlo e ha ricevuto la prestazione preliminare dall'altra. Non basta dunque all'uopo il consenso, occorre il fatto (*res*) di una delle parti (1).

526. Il diritto romano non conosce la figura generica del *contratto*; conosce tipi speciali di contratto. La convenzione delle parti, sebbene miri a fini leciti ed economicamente rilevanti, non costituisce contratto obbligatorio se non rientri in uno dei tipi riconosciuti, ovvero se non rivesta la forma

---

(1) Questa è la dottrina comune. Il Perozzi (*Studii per Schupfer*, vol. I, p. 166-199) ritiene che si dica che una *obligatio consensu contrahitur* ogni volta che il suo atto costitutivo non è solenne. In questo senso si contraggono *consensu* anche i così detti contratti reali, in ispecie quelli che non appartengono ai quattro tipi del mutuo, deposito, commodato o pegno. Se per questi si dice *re contrahuntur*, ciò si dice non rispetto al loro modo di perfezione, ma alla loro causa, poichè è inescogitabile che uno sia tenuto *ex mutuo*, se non ha ricevuto la quantità mutuata.

della stipulazione. Nel diritto nuovo poi si generalizza una tendenza che già si riscontra fin dai primi tempi della giurisprudenza imperiale; quando le parti hanno convenuto di farsi reciproche prestazioni ed una di esse ha prestato per conto suo può esigere dall'altra il corrispettivo pattuito (1).

527. La stipulazione (2) è un contratto verbale costituito da una domanda del futuro creditore e da congua risposta del futuro debitore. La sua forma originaria e solenne è: « Spondesne mihi centum dare? Spondeo ». Più tardi furono ammesse altre formole: « promittis? promitto », « dabis? dabo », ecc. (3) e non si insistette molto sulla materiale corrispondenza delle parole (4). Una costituzione dell'imperatore Leone del 472 ha dichiarato

---

(1) Pernice, *Parerga*, III, p. 248 sgg.

(2) Circa l'origine della stipulazione (problema che non appartiene a questa trattazione) v. Huschke, *Verfassung des S. Tull.*, p. 603; Danz, *Der sacrale Schutz im r. Rechtsv.* (1857); Mommsen, *Droit publ. rom.* (vers. Girard), I, p. 283. Questi autori fanno derivare la stipulazione dal giuramento; ma questo non ha forma dialogica: il *verbis praeire* non è affatto un'interrogazione. Ciò non toglie che si possa altrimenti concepire l'origine religiosa dell'atto: Pernice, *Das r. Sacralr.*, I, p. 1159. In senso contrario Karlowa, *R. RG.* II, p. 699 sg.

(3) Gai., 3, 92, 93. La prima formola rimase *propria civium romanorum*. Essa non si poteva tradurre in altra lingua. Le altre formole potevano essere profferite anche in lingua non latina e ai tempi di Ulpiano (fr. 1, § 6 D. 45, 1) può il promittente adoperare lingua diversa da quella usata dallo stipulante, *dummodo congruenter respondeatur*.

(4) Fr. 1, § 2 D. 45, 1. Vale una stipulazione dello schema: « dabis...? quidni? »: « contra si sine verbis adnuisset ».

poi indifferente l'uso di *quaecumque verba* (c. 10 C. 8, 37). Nel caso di diversità fra il contenuto della prestazione domandata e di quella promessa la stipulazione era nulla per diritto classico (1); nel diritto giustinianeo, trattandosi della promessa prestazione di quantità di fungibili, la stipulazione è valida per la quantità minore (2).

L'uso di ridurre in iscritto la stipulazione a titolo di prova è antichissimo (3) e si è reso tanto comune, che già ai tempi di Paolo, se l'atto è conchiuso *inter praesentes* e da persone capaci di parlare non si esige che vengano pronunciate anche effettivamente le parole (4). Nel diritto giustinianeo basta perchè tale atto scritto valga come stipulazione che non si riesca a provare l'*alibi* di una delle parti dal luogo, ove la scrittura venne fatta, per un giorno intiero (5).

---

(1) Gai., 3, 102 riprodotto per inavvertenza in § 5 I. 3, 19.

(2) Fr. 1, § 4 cit. Interpolate sono le parole *nisi in decem* in ambo i luoghi dove occorrono e manifestamente interpolata è la chiusa. Se io stipulo la dazione di Stico o Panfilo e tu prometti Stico, si ha una stipulazione valida con quest'ultimo oggetto. La ragione è che la duplice domanda mira a costituire una duplice stipulazione, ma una rimane senza risposta e quindi inutile (fr. 1, § 5 *ib.*).

(3) Cic., *Top.*, 25, § 96. Cfr. la tavoletta pompejana in *Hermes*, XXIII, p. 157; *Bull. ist. di d. r.*, I, p. 5 sqq.; i trittici di Transilvania in *Corp. inscr. lat.*, III, n. 930, 934.

(4) *Sent.*, 5, 7, § 2; § 17 I. 3, 19.

(5) c. 14 C. 8, 37 (38); § 12 I. 3, 19. Rimane fermo che « neque surdus neque mutus... stipulationem contrahere possunt »: fr. 1 pr. D. 45, 1.

528. Pare che in origine la stipulazione non avesse ad oggetto che una somma certa di danaro; indi anche qualsiasi *res certa*; da ultimo anche la dazione di un *incertum* o la prestazione di fatti o servigi (1). Essa ha il vantaggio di non rispecchiare una causa sostanziale; e così fornisce uno strumento opportuno per gli scopi più diversi. Abbiamo veduto come essa serva per le novazioni e per le garanzie; come serva per assicurare un *adiectus solutionis causa*, per dare evidenza ad un rapporto di correalità, ecc. (2).

Alle tre accennate categorie di oggetti corrispondono tre azioni, a cui la *stipulatio* può dar luogo: « actio certae pecuniae creditae » (3), « condictio triticaria » (4), « actio ex stipulatu » (5).

529. Gaio poneva fra le *obligationes quae verbis contrahuntur* anche la *dictio dotis* (tramontata nel diritto giustinianeo) e pur questo prova com'egli nelle *Istituzioni* non intendesse *contractus* in senso tecnico. Poichè la *dictio* era un atto unilaterale (*decem doti tibi erunt*), valido colla pura promessa (*uno loquente*) fatta dalla sposa, dal padre o dal

---

(1) Del resto antichi esempii di stipulazioni *in incertum* v. in Catone, *r. r.*, c. 144, § 2, 5, c. 146, § 2, 5.

(2) Nel diritto classico serviva per la costituzione dell'*adstipulator* (Gai., 3, 110 sqq.), la cui utilità è scomparsa nel diritto nuovo.

(3) Talora in passi interpolati si parla di *condictio certi*. È questa una figura escogitata per fare il contrapposto alla *condictio incerti* che è parimenti una creazione dei compilatori; v. Trampedach, *Ztschr. der S. S. R. A.*, 1897.

(4) Così detta perchè lo schema dell'Albo pretorio faceva menzione del *triticum*: Steph. in *Bas.*, III, p. 43.

(5) Pr. I. 3, 15; Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 207. Sulla questione se la *condictio* si applicasse già in origine ai crediti di stipulazione, non è qui il caso di insistere.

debitore di lei (1). Qui pure (e va ripetuta la stessa osservazione, giacchè, come sappiamo, il giuramento è atto unilaterale) parlava Gaio (2) del *iusiurandum* con cui il liberto si obbliga a prestare le *operae* al patrono; su di esso vedi il libro I.

530. Fra contratti che si formano *re* le fonti mettono in prima linea il *mutuo:* « mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata; quas res in hoc damus ut fiant accipientis postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis » (3). Il mutuo produce un'*actio certae pecuniae creditae* od una *condictio triticaria*, secondo la natura delle cose mutuate. Tali azioni sono astratte e nella formola non si nomina il mutuo, ma solo vi si parla di *dare oportere.* Il fondamento dell'obbligazione *ex mutuo* consiste del resto più nell'arricchimento obbiettivamente ingiustificato, che altrimenti farebbe il mutuatario, che non nella convenzione; in molti casi analoghi si dà, come anche vedremo, la *condictio* per rimuovere l'arricchimento non giustificato anche dove manchi ogni contratto. Il che non toglie che il mutuo (4) vero e proprio sia per l'appunto una convenzione che determina la *datio;* solo con questa il contratto è perfetto. La convenzione può stabilire anche il termine della restituzione o la condi-

(1) Gai., 3, 95 sg.; *Epit. Gai.*, 2, 9, § 3.

(2) Gai., 3, 96. Giustiniano, il quale adopera la v. *contractus* in senso tecnico, non parla del *iusiurandum liberti* a proposito delle *verborum obligationes.*

(3) Fr. 1, § 2 D. 44, 7. Dunque le sole cose fungibili e consumabili sono considerate quale possibile oggetto del mutuo.

(4) Fr. 3, § 1 *ib.*; fr. 8 D. 12, 1.

zione della medesima; nel *faenus nauticum* la restituzione non ha luogo, se non arriva salva la nave col carico, giacchè le merci acquistate colla pecunia mutuata viaggiano a rischio del mutuante (1); nè mancano casi analoghi (2); il luogo, ecc.

531. La *datio* consiste nel trasferimento delle proprietà al mutuatario secondo le regole generali esposte nel libro precedente. Se il mutuante è incapace di alienare, potrà sempre rivendicare le cose date, ove sussistano; potrà anche esperire la rivendica contro l'accipiente che le abbia consumate in mala fede, quasi che *dolo desierit possidere*. Se poi le cose siano state consumate in b. f., non resta che una *condictio* legittimata dalla mancanza di causa (3). Una *condictio* si dà anche quando taluno avesse dato danaro o cose non proprie e queste fossero state consumate dall'accipiente (4).

Allo *datio* si vennero poi assimilando altri fatti economicamente equipollenti, ma giuridicamente disformi: p. e. « si a debitore meo iussero te accipere

---

(1) Fr. 1 D. 22, 2.

(2) Fr. 5 *ib.*: « si piscatori erogaturo in adparatum plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet ».

(3) § 2 I. 2, 8. Tale *condictio*, che non ha alcun rapporto colla convenzione, ma nasce dalla obbiettiva condizione delle cose può esperirsi anche prima del termine fissato per la restituzione. L'eventuale stipulazione degli interessi rimane *sine causa* ed è quindi impugnabile.

(4) Fr. 19, § 1 D. 12, 1; fr. 11, § 2 e 12 *ibid.* Se il tradente divenga più tardi proprietario delle cose tradite e se l'accipiente lo divenga per usucapione, è verosimile che il *mutuo* si convalidi.

pecuniam » (1), se do una cosa a Tizio perchè la venda e si serva del prezzo (2), se permetto a Tizio mio creditore di una somma in genere « ut crediti nomine eam retineat » (3).

532. Il mutuatario non è liberato se perde per caso fortuito o forza maggiore quanto ha ricevuto (fr. 1, § 4 D. 44, 7). La sua obbligazione non può eccedere la portata della *datio*, che ha concorso a costituirla; dunque egli può essere tenuto a restituire nove se ha ricevuto dieci (in tal caso uno si ha per donato); ma non a restituire undici (fr. 11, § 1 D. 12,1). Gli interessi non possono quindi essere dedotti in obbligazione, se non mercè apposita stipulazione (fr. 24 D. 19, 5); v. però quanto si è detto più sopra, parlando in generale delle *usurae* (4).

533. Nella enumerazione gajana dei contratti conchiusi *re* non compare la fiducia, che pure non sapremo totalmente disgiungere da essi, a cui è ravvicinata anche nell'editto (5). Sebbene nel diritto giustinianeo la fiducia non sia più in uso, occorre darne un brevissimo cenno, trattandosi di figura

(1) Fr. 15 *ib.*; fr. 34 pr. D. 17, 1. Il fr. 9, § 8 D. 12, 1 *in fine* è interpolato (Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 222).

(2) Fr. 11 pr. D. 12, 1: *contra* fr. 34 pr. D. 17, 1 (probabilmente una controversia scolastica).

(3) Fr. 15 pr. *h. t. Contra* qui pure il fr. 34 pr. *cit.* e pare anche la c. 6 C. 4, 2. Il fr. 32 pr. D. 12, 1 non accenna al mutuo; solo discorre di una *condictio* diretta a rimuovere un ingiustificato arricchimento. Incerto è il vero significato del fr. 19, § 3 D. 14, 3.

(4) Circa a' mutui fatti al *filiusfamilias* v. nel trattato del diritto di famiglia.

(5) Lenel, *E. P.*, p. 232 sgg.; Pernice, *Parerga*, III, p. 226 sgg.

storica molto importante a conoscersi anche per l'esegesi delle fonti (1). La fiducia è una convenzione, per cui chi diventa proprietario di una cosa si obbliga a renderla o, in genere, a privarsene in date circostanze. Tale convenzione è per sè distinta dall'atto di alienazione, che deve essere solenne (*mancipatio, in iure cessio*). La fiducia si fa *cum creditore* o *cum amico*. Nel primo caso essa funziona come una garanzia reale; il creditore non è tenuto a restituire, se non quando sia stato pienamente soddisfatto. Nel secondo caso essa serve ad un dipresso alle funzioni del deposito o di un prestito di uso (2); serve talora agli stessi fini del mandato, alle donazioni *mortis causa*, etc. (3). Il *pactum fiduciae* in origine non aveva altra sanzione che quella morale (*fides fiducia*); il pretore introdusse una formula *in factum* sostituita più tardi, secondo uno sviluppo non infrequente, da una *formula in ius concepta*. Ad ogni modo è certo che sulla fine della repubblica è concepita anche *in ius* la formula della diretta *a. fiduciae* e pur verosimilmente quella della contraria (quella con cui il fiduciario chiese rimborso di spese o riparazione di perdite subìte per l'esecuzione del contratto).

534. A differenza del mutuo e della fiducia non si opera trapasso di proprietà nei contratti di com-

---

(1) Oertmann, *Die fiducia* (1890); Jacquelin, *De la fiducie* (1891); Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 120 sgg. La ragione del venir meno della fiducia sta nel mancare delle forme solenni di trapasso del dominio.

(2) V. sulle varie questioni Ferrini, *Commodato*, p. 20-33 (dall'*Arch. giur.*, vol. LII, LIII).

(3) Sulla fiducia per manomettere, Pernice, *o. c.*, pagina 128 sgg.

modato, deposito e pegno. Lungo tempo rimasero in Roma tali convenzioni senza la tutela di apposita azione personale; bastava la rivendica sempre concessa al domino ed eventualmente le azioni *ex delicto* (1). Ma l'intransmissibilità di queste ultime, lo svantaggio di dovere andare in cerca del terzo detentore, l'assenza di ogni tutela per l'accipiente determinarono qui pure l'ajuto del pretore, che intervenne con azioni *in factum* (2): prima dirette e poi contrarie. In seguito si ebbero anche (e anzi si usarono più comunemente) azioni *in ius* di b. f.: la consuetudine era dunque stata riconosciuta nel *ius civile*. In tutti e tre i casi abbiamo che il contratto si conchiude colla consegna della cosa in detenzione (e, anzi, nel pegno in possesso civile); in tutti e tre i casi la cosa deve rendersi in natura. Non occorre quindi per la validità del contratto che chi consegna la cosa sia proprietario; non la « datio » in senso giuridico, ma la semplice trasmissione di fatto della cosa è necessaria perchè il contratto sia conchiuso ed è necessaria non per una esigenza meramente estrinseca; ma per lo stesso concetto fondamentale del negozio. In tutti e tre i casi abbiamo sempre un'obbligazione di colui, che riceve la cosa; può sorgere anche un'obbligazione di colui, che consegna la cosa. Per questo il ricevente ha un'*actio contraria*; può

---

(1) Le XII tavole equiparano il depositario infedele nella pena al *fur nec manifestus* (Coll. 10, 7, § 11) come il *tutor distrahens*. La ragione di queste speciali disposizioni sta nell'angustia del concetto di *furto* secondo il diritto più antico.

(2) Pel deposito e commodato v. Gaio, 4, 47; pel pegno Lenel, *Ed. perp.*, p. 201.

anche valersi del diritto di ritenzione (1), che però fu tolto al depositario da Giustiniano (2).

535. Il commodato (*utendum dare*) consiste nella gratuita concessione di una cosa *per un uso determinato*, dopo il quale essa deve venire restituita al concedente (3). Si deve dunque trattare di cosa inconsumabile (4). Il comodatario che non si attenga all'uso pattuito, oltre che incorrere nella responsabilità delle conseguenze (5) si rende colpevole di un « *furtum usus* ». Nei limiti poi dell' uso concesso egli risponde della *culpa levis*, tranne il caso eccezionale in cui il commodato sia a tutto vantaggio del commodante (allora non risponde che del dolo e della *culpa lata*) (6). Se il vantaggio è comune, la responsabilità è temperata alla stregua della *diligentia quam suis* (7). Le parti possono sempre modificare queste norme generali (8).

---

(1) Fr. 15, § 2 D. 47, 2, fr. 8 pr. D. 13, 7; Coll. 10, 2, § 6.

(2) c. 11 C. 4, 34.

(3) Ferrini, *Storia e teoria del commodato* (dall'*Arch. giur.*, LII e LIII), 1894. Sulla definizione data nel testo cfr. *ib.*, p. 43 sgg.; Donello, *Comm. iur. civ.* XIV, 2, § 2. Una lunga serie di testi è stata da me riferita a pagina 44 sgg.

(4) Il concetto, come sappiamo, è relativo. L'inconsumabilità va intesa rispetto all'uso dedotto in contratto: fr. 3, § 6 D. 13, 6. Infondata è la pretesa che le cose incorporali possano essere oggetto di commodato: Ferrini, *o. c.* n. 26 (p. 61 sgg.).

(5) Fr. 5, § 8 D. 13, 6.

(6) Fr. 5, § 10 *ib.*

(7) Fr. 18 pr. *ib.*

(8) Fr. 21, § 1 *ib.*; fr. 5, § 3 *ib.*; fr. 17 pr. *ib.* Circa il fr. 5, § 4 *ib.* v. Ferrini, *o. c.*, n. 33.

Finchè non sia terminato l'uso pattuito il commodante non può revocare la cosa; egli è inoltre tenuto a rimborsare le spese straordinarie fatte per la conservazione di essa od il nocumento, che in seguito a dolo o *culpa lata* di lui la cosa co' suoi vizii abbia recato al commodatario (1).

536. Dal commodato si distingue nel diritto classico nettamente il precario, che non viene considerato quale contratto. Esso consiste in ciò, che una cosa viene concessa per l'uso od un diritto per l'esercizio gratuitamente, senza che sia determinata la natura dell'uso o dell'esercizio, che deve sempre essere revocabile *ad libitum* del concedente. Il precarista, come sappiamo, suole avere il possesso della cosa; egli non sta in rapporto obbligatorio col concedente; in via interdittale viene, se resistente, costretto alla restituzione della cosa; se questa non può aver luogo, risponde di dolo (2). Nel diritto nuovo invece il *precario* è sostanzialmente un contratto obbligatorio; il concedente ha un'*actio civilis* contro il precarista (3). Non conosciamo invece alcun rimedio offensivo di questo contro il primo. Oltre questa differenza, rimangono le altre surriferite, che anche nel diritto nuovo non permettono di confondere i due rapporti.

537. Il deposito è il contratto, per cui uno si obbliga a custodire gratuitamente una cosa mobile per

---

(1) La responsabilità del commodante è aggravata se egli ricava tutto il vantaggio del negozio o se questo vantaggio è comune a lui e al commodatario (*diligentia* in astratto o in concreto).

(2) Ferrini, *o. c.*, n. 17.

(3) Interpolata in Paolo, *Sent.* 5, 6, § 10; fr. 2, § 2 D. 43, 26 e fr. 19, § 2 *ib.* (Gradenwitz, *Interp.*, p. 128 sg.).

un altro ed a restituirla a richiesta (1). Il depositario non può affatto servirsi della cosa (tranne il caso di licenza); se lo fa, incorre in piena responsabilità e commette un *furtum usus*. Fuori di questo caso egli non risponde della perdita o del deterioramento della cosa che per dolo o *culpa lata* (2); se è condannato nell'azione diretta incorre però nell' infamia (3). Il deponente deve rimborsare tutte le spese fatte per la conservazione della cosa (4) e il nocumento derivante dai vizii di questa, ancorchè a lui non si possa rimproverare che una *culpa levis* (5). Queste norme possono modificarsi per la volontà dei contraenti.

538. Il deposito necessario è quello che si fa in occasione di urgente pericolo; in esso appare più biasimevole il contegno sleale o gravemente colposo del depositario, che perciò viene condannato nel doppio. Il sequestro è pure un caso speciale di deposito, che però diverge talmente dal tipo ordinario, che l'Editto concedeva un'apposita azione sequestraria (6). Il sequestro infatti può riferirsi anche ad immobili: la cosa (7) deve restituirsi a quello dei deponenti che sarà indicato dalle circostanze (chi guadagnerà la scommessa, vincerà il processo, ecc.).

539. Se taluno dà in deposito denaro o altra cosa fungibile col patto che non gli venga restituita la

---

(1) Fr. 29 pr. D. 16, 3.
(2) Fr. 1, § 5 D. 44, 7; fr. 5, § 2 D. 13, 6.
(3) Gai., 4, 182; fr. 1 D. 3, 2.
(4) Coll. 10, 2, § 5.
(5) Fr. 62, § 5 D. 47. 2.
(6) Lenel, *E. P.*, p. 231.
(7) Fr. 6; fr. 17 pr. D. 16, 3. Circa il possesso del sequestratario v. *supra*.

medesima *species*, ma altrettanto (1), « egreditur ea res depositi notissimos terminos» (2): tuttavia, quantunque non senza titubanza, si ammise potersi agire anche in questo caso coll'azione di deposito. Il *deposito* qui si distingue dal *mutuo* per lo scopo: il primo si fa nell'interesse del deponente che vuol mettere al sicuro i denari o gli altri fungibili, il secondo nell' interesse del mutuatario che vuole procurarsi l'uso dei fungibili altrui pei bisogni proprî. Da ciò deriva che non è applicabile a questo *depositum irregulare*, come lo chiama la scuola, l'*exceptio senatusconsulti macedoniani ;* l'azione diretta è di buona fede, per cui gli interessi possono stabilirsi *per pactum adiectum* ed in ogni caso s' incorrono *ex mora ;* è infamante (3). È esclusa la compensazione per diritto giustinianeo (*v. supra*); l'azione è privilegiata, almeno se non furono pattuiti interessi (4). Inoltre è possibile un' *actio contraria*, che compete nell'ipotesi di merci di cattiva qualità consegnate dal deponente.

540. Il contratto di pegno (da non confondere colla costituzione del diritto reale di pegno) è quello, per cui il creditore che riceve la cosa per garanzia si obbliga a conservarla ed a restituirla a garanzia finita. All'uopo egli è responsabile della *culpa levis* e anche del caso fortuito se (senza averne licenza) si è servito della cosa (qui pure egli incorre nel

---

(1) Fr. 31 D. 19, 2: «si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere».

(2) Fr. 24 D. 16, 3.

(3) C. 14 § 1 C. 4, 30; fr. 25, § 1; 26, § 1; 28 D. 16,3.

(4) Fr. 7, § 2-3. fr. 8 D. 16, 3.

furtum usus). Se la cosa è fruttifera, egli deve diligentemente raccogliere i frutti e imputarli agli interessi e, se questi non son dovuti o son dovuti in minor quantità, al capitale (1). Viceversa egli avrà l'a. contraria per ottenere il rimborso delle spese, delle perdite dipendenti dalla colpa da genere del costituente sia rispetto ai vizi della cosa sia rispetto all' inosservanza del contratto.

541. Ne' moderni trattati si pongono fra' contratti reali anche i c. d. *contratti innominati*, ossia contratti sinallagmatici, i quali si perfezionano quando una delle parti ha fatto la propria prestazione; tali contratti in un passo notissimo (fr. 5 D. 19, 5) si riconducono a quattro tipi: *do ut des; do ut facias: facio ut des: facio ut facias*. Se non che grande è la differenza tra questi sinallagmi e i quattro antichi contratti reali: giacchè, a tacer d'altro, ne' primi non c'è veruna ragione intrinseca che ritardi la conclusione del contratto fino a che una delle parti abbia prestato; le ragioni che hanno determinato questo trattamento non sono che storiche; tant' è vero, che mentre oggi questi sinallagmi si perfezionano col puro consenso, il commodato ad es. (da non confondersi con un « pactum de commodando ») è tuttavia essenzialmente un contratto reale.

La designazione scolastica de' quattro tipi è certamente bizantina e nel fr. 5 fu introdotta per via di larghe interpolazioni (2). In origine colui che ha

---

(1) c. 1 C. 4, 24. Può però pattuirsi che i frutti siano a compenso degli interessi. Questo patto aleatorio (ἀντίχρησις) è ricordato nel fr. 11, § 1 D. 20, 1.

(2) Gradenwitz, *interp.* p. 131 sgg. Lenel, nella *Ztschr. d. S. S. R. A.*, IX, p. 181 sg.; Pernice, *Parerga*, III, p. 254 sg.

dato (1) perchè l'accipiente dia o faccia qualche cosa non ha che una *condictio datorum* nell' ipotesi che l'aspettata prestazione venga meno, giacchè altrimenti rimarrebbe ingiustificato l'arricchimento presso l'accipiente. Una tale *condictio* si conserva, come significante reliquia storica, anche dopo che per tali negozi si ebbe azione per l'esecuzione: essa si esperisce, qualunque sia la ragione per cui manca la controprestazione aspettata (2). Nel diritto giustinianeo *in alcuni casi determinati* (schiavo dato per essere manomesso: denari dati per fare un viaggio) chi ha dato può « si poeniteat » *condicere*, ancorchè non vi sia mancanza o ritardo nella esecuzione della prestazione pattuita (3).

542. In varî de' casi accennati giuristi classici (in ispecie sabiniani) trovarono opportuna la concessione di un'*actio in factum* per ottenere che venisse eseguita la prestazione promessa da colui, al quale era

---

(1) Il *factum* invece non si può in via generale *condicere:* fr. 25 D. 19, 5. Si ricordi che il diritto classico non conosce la pretesa *condictio incerti.*

(2) Fr. 16 D. 12, 4. V. fr. 3, § 3 *ib.* Nel diritto giustinianeo però si opera qui pure col concetto di *colpa.* Interpolata è la c. 10 C. 4, 6: « pecuniam a te datam, licet causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est ». Vi ha una contraddizione fra il *licet* e la conclusione. Forse fu aggiunto il *minime:* fr 5, § 1 D. 19, 5, ecc.

(3) Fr. 5 pr. D. 12, 4: fr. 3, § 2, 3 D. 19, 5 (*interp.*). Le interpolazioni già riconosciute dal Fabro e dal Mauns furono messe in chiaro dal Gradenwitz, *interp.*, pagina 146 sgg. Cfr. Lenel, *Ztschr.* cit. l. c., Pernice, *Labeo,* III, 1 p. 251 sg. Gradenwitz. *Ztschr. d. S. S. R. A.* V, p. 116 sgg.

stato prestato (1). Altri giuristi credettero possibile l'*agere praescriptis verbis* (sempre per speciali configurazioni). Tale azione trascende del resto nella sua applicazione questo campo. Essa non è che una formola incerta, *in ius concepta* e di buona fede (2), in cui la *demonstratio* è sostituita da una *praescriptio*, in cui si descrivono gli elementi di fatto del rapporto (3). Quest'azione è consigliata da Labeone nel caso in cui un'azione in *ius concepta* e b. f. compete certamente, ma è incerto quale fra più possibili (4): ovvero quando si teme che per qualche *pactum adiectum* il contratto non risponda più del tutto al suo tipo fondamentale. Aristone (se la tradizione non è alterata) ha creduto esservi una *civilis actio* e la nostra azione, tutte le volte che « dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias »; fr. 7, § 2 D. 2, 14 (5).

---

(1) Giavoleno (fr. 10 D. 19, 5); Giuliano (fr. 7, § 2 D. 2, 14; fr. 1, § 1 D. 19, 4); cfr. Gaio fr. 22 D. 19, 5.

(2) Il § 28 I. 4, 6 non è tassativo.

(3) Essa è detta « quasi demonstratio (ὡς ἐν demonstrationi) » da Stefano, *Bas.* I, p. 560. Cfr. c. 6, § 1 C. 2, 4.

(4) Fr. 1, § 1 D. 19, 5. Questo passo è spesso non compreso. Il dubbio è fra la *locatio navis* o la *conductio operis*; non si sa se debba dirsi «quod N. N. navem locavit» o «quod N. N. merces vehendas conduxit». Una applicazione edittale è l'*actio aestimatoria* (D. 19, 3). Taluno dà una merce stimata ad uno, che s'incarica di venderla e che si obbliga a pagarne la stima fatta, se la vendita avviene; altrimenti a restituire la cosa, di cui non gli è stato trasferito il dominio. È vendita condizionale? È mandato *ad vendendum?* Il pretore ammette l'*actio civilis*, ma con opportuna *praescriptio*, che tolga le incertezze. Circa il *periculum rei* cfr. fr. 17, § 1 D. 19, 5 e fr. 1, § 1 D. 19, 3; Ferrini, *Com. nod.* p. 105 sg.

(5) Fr. 50 D. 18, 1; fr. 6 D. 19, 5 (Nerazio).

La *permutatio* ebbe certo fin da' primi tempi del-

Nel diritto nuovo la sua applicazione diventa generale; i compilatori, per cui non ha più interesse la distinzione formulare, la chiamano *actio civilis in factum, actio praescriptis verbis* (1). Essi hanno messo assieme con elementi diversi e alterati il titolo V del libro XIX de' Digesti. Con ciò essi hanno fatto un passo molto notevole verso il riconoscimento della figura generale del *contratto.*

Nel diritto nuovo troviamo che l'azione si applica alla divisione (2), alla *donatio sub modo* (3), alla transazione (4) e perfino al precario (5).

543. Gajo enumera nelle sue *Istituzioni* quattro contratti *consensuali* (6): vendita, locazione, man-

---

l'impero un'*actio civilis.* I sabiniani vedevano in essa una semplice varietà della vendita, i proculiani, la cui opinione più corretta riuscì vittoriosa, lo negavano, ma non negavano che essa fosse riconosciuta dal *mos civitatis* come la vendita, a cui anzi era anteriore nell'applicazione. Però la *permutatio* non è perfetta, se non colla *datio* (e cioè col *trasferimento di proprietà*) fatta da una delle parti, la quale mantiene la *condictio datorum.*

(1) Le fonti genuine non potevano discorrere che di « *agere* praescriptis verbis ». *Actio civilis incerti* è locuzione forse genuina. *Civilis intentio* ha Nerazio: fr. 6 D. 19, 5. Cfr. interpolazioni evidenti in fr. 13 § 1. 22. 24 D. 19, 5 ecc.

(2) Fr. 45 D. 2, 14 (interpolato: Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 89).

(3) Qui pare che l'*actio civilis incerta* fosse già ammessa negli ultimi tempi della giurisprudenza classica. Diocleziano in testi che paiono genuini (c. 9, c. 22, § 1 C. 8, 53 [54]) ne parla come di rimedio usitato.

(4) c. 6 C. 2, 4; ma v. Pernice, *l. c.*, p. 91.

(5) V. *supra.*

(6) Resta sempre libero alle parti di far dipendere la conclusione del negozio dall'adempimento di determinate formalità, ad es. dalla scrittura: pr. I. 3, 23.

dato e società: « neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse, unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium » (3, 136). Tutti questi contratti danno luogo a giudizii di buona fede.

544. La compravendita (1) è il contratto, per cui una parte si obbliga a procurare all'altra l'*habere licere* di una cosa e la seconda si obbliga a pagare alla prima un prezzo determinato.

545. La *cosa* è anzitutto qualunque oggetto di diritto; non importa se presente o futuro (ad es. i frutti che nasceranno): fr. 8 pr. D. 18. 1. La vendita di cosa futura è condizionale, se non è certo che la cosa pattuita (*res sperata*) esisterà; tuttavia (sembra per autorità di Salvio Giuliano) si ammise che le parti potessero fare un contratto aleatorio, per cui il compratore si obblighi al pagamento di un certo prezzo, venga o no ad essere la cosa e in qualunque misura venga ad essere: *emptio spei* (fr. 11 D. 18, 4). Qui pare che appunto l'*alea* sia ciò che il compratore vuole procurarsi. Esempii di questa deformazione del tipo sono rari: le fonti

---

(1) Cfr. Ferrini, *Origini del contratto di compravendita* (*Atti della R. Acc. di Modena*, 1893). La compravendita deriva dallo scambio e si differenzia da esso in uno stadio progredito di civiltà, quando è cominciata la funzione specifica della moneta (fr. 1 pr. D. 18, 1). In principio la compravendita (si ricordi la *mancipatio* prima che fosse un atto figurativo) è un modo di acquisto verso corrispettivo: ha funzione reale e non obbligatoria e in tale funzione la compravendita può sempre presentarsi anche nel diritto più progredito. In allora la compravendita è *iusta causa traditionis*.

adducono il caso di chi comperi quello che si troverà nelle reti che il pescatore estrarrà dall'acqua (*iactus retium*) o i gettoni sparsi sulla folla, che taluno riuscirà a prendere (*iactus missilium*). Si riuscì pure ad ammettere che si potessero comperare non solo le cose propriamente dette, ma anche diritti o il loro esercizio: crediti, servitù, usufrutto, eredità (1). Del resto l'oggetto dell'obbligazione del venditore può essere determinato anche in modo alternativo o generico (2).

546. Il prezzo deve consistere in denaro; altrimenti non sarebbe distinta la posizione delle due parti: non si saprebbe chi è venditore, chi compratore; quali sono le rispettive obbligazioni (Gai., 3, 141; fr. 1, § 1 D. 18, 1) (3). Un simile pericolo di confusione non c'è più quando uno offre una cosa in vendita (*res venalis*) ed un altro in luogo di pecunia offre altro oggetto (4) e in tal caso nulla osta ad ammettere una compravendita (5). Certamente poi non contraddice all'essenza della compravendita, che, pattuito il prezzo in denaro, si dia poi *in solutum* altra cosa.

---

(1) Fr. 20 D. 8, 1; fr. 12, § 2 D. 7, 1; fr. 17 D. 18, 4 e fr. 7 *ib.*

(2) Le obbiezioni del Bechmann, *Kauf*, II, p. 331 e di altri si basano sopra un concetto, a mio avviso inesatto, delle obbligazioni di genere. V. *supra*.

(3) Cfr. *ibid.* e fr. 1 pr. D. 19, 4 le notizie sulla diversa opinione dei sabiniani.

(4) Così Celio Sabino, *apud Gai.*, *l. c.*

(5) Un'*actio utilis* (*ad exemplum ex empto actionis*) concede Gordiano: c. 1 C. 4, 64. La ragione per cui non è data addirittura l'*actio empti* sta probabilmente solo nel pericolo che il giudice trovasse infondata la formula.

Il prezzo deve essere seriamente inteso e non simulato; altrimenti, secondo le norme generali, non si ha vendita, ma donazione, purchè vi siano le condizioni necessarie all'esistenza di questa. Lo stesso dicasi se fu stabilito un prezzo manifestamente irrisorio.

Il prezzo deve essere *certo* (Gai., 3, 140): ed è tale non solo quando sia stabilita in una cifra la somma, ma anche quando siano posti gli elementi sicuri della sua determinazione (fr. 7, § 1 D. 18, 1) (1): ciò che non è quando questa sia rimessa all'arbitrio di un terzo non designato (c. 15 § 2 C. 4, 38) o all'arbitrio di una delle parti (fr. 35, § 1 D. 18, 1).

Il prezzo, purchè seriamente inteso, non ha pel diritto pregiustinianeo veruna attinenza necessaria col valore della merce. Il principio è che non si deve badare all'equilibrio oggettivo delle prestazioni, ma alla considerazione soggettiva delle parti. Nel diritto giustinianeo però (2) chi ha venduto un immobile per un prezzo inferiore alla metà del suo valore può chiedere la rescissione del contratto e

---

(1) Labeone e Cassio non stimavano sufficiente lo stabilire *ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta* e infatti Tizio avrebbe potuto o rifiutarsi o essere impedito di fare la stima. Altri erano meno rigorosi (Gai., 3, 140); essi dovevano ritenere condizionale la vendita, come infatti fa Giustiniano, che accoglie la loro opinione (§ 1 I. 3, 23).

(2) c. 2 e 8 C. 4, 44. Esse sono, come è facile vedere, interpolate. Per di più il Gradenwitz (*Bull. dell'ist. di d. r.*, II, p. 14 sg.) ha osservato, che le c. 1. 4. 7 C. Th. 3, 1 (posteriori a Diocleziano) ignorano affatto la dottrina della *laesio enormis* e che la c. 4 è stata all'uopo alterata dai compilatori (c. 15 C. 4, 44).

il ripristino dello *status quo*, a meno che il compratore preferisca pagare un supplemento di prezzo (1) o tenersi l'immobile comperato (2).

547. Dalla compravendita nasce un'obbligazione per ambo le parti; quella del compratore si devolve nell'*actio venditi*, quella del venditore nell'*actio empti*. Quest'ultima è un'obbligazione complessa, che comprende prestazioni diverse.

548. Il venditore è anzitutto tenuto a far avere la cosa al compratore: « rem praestare, possessionem (vacuam) tradere, etc. ». Quest'obbligo presuppone l'altro di custodire colla diligenza del buon *p. f.* (3) la *species* dal momento del contratto fino a quello della consegna; il venditore è *securus* se la *species* è perita per caso fortuito (4); si configuri questo come evento di natura (5) o come fatto di un terzo (6). Egli però deve dare la cosa deteriorata o gli avanzi di essa (7) o quello che in vece della cosa gli è pervenuto, ad es. le *actiones ex delicto* (8) o l'indennità dell'espropriazione a causa di utilità pubblica (9). La liberazione del venditore

---

(1) *Quod deest iusto pretio* (al prezzo di stima): c. 2 C. 4, 44.

(2) I limiti di questo rimedio da noi esposti sono quelli messi in chiaro dallo Zachariae v. L. *Ztschr. d S. S.* R. A., IV, p. 49 sgg.

(3) Le parti possono modificare questa misura della responsabilità: § 3 I. 3, 23. Sulla mora v. *supra*.

(4) § 3 *ib.*

(5) § 3 I. cit.

(6) § 3 *ib.*

(7) Fr. 7 pr. D. 18, 6, ecc.

(8) § 3 cit.

(9) Così intendo le parole del fr. 33 D. 19, 2; « si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur

non implica corrispondente liberazione del compratore, che sarà tuttavia tenuto a pagare il prezzo: in questo senso si dice che «perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet» (1). Però, se la

publicatus fuerit, teneberis ex empto; quod haetenus verum est, *ut pretium restituas*»: *pretium* cioè l'indennità assegnata dall'autorità pubblica: cfr. Ferrini, *Encicl.* cit. XII, p. 640 sg. Altre spiegazioni v. ad es. in Hartmann negli *Jahrbücher f. Dogm.*, XXII, p. 433; Manenti, *Studi Senesi* (1887), p. 249 sgg.

(1) Fr. 8 D. 18, 6. Ciò non ha invece luogo, quando un beneficio straordinario di legge che abolisca i debiti liberi il compratore dal pagamento del prezzo. Indirettamente rimane liberato anche il venditore: fr. 50 D. 19, 1. Cfr. inoltre il fr. 14 pr. D. 47, 2, il fr. 39 D. 46, 3, il fr. 12 (11) D. 18, 6, il § 3 I. 3, 23. La regola è stata negata da molti e variamente spiegata da quelli, che l'hanno riconosciuta. Per la nozione delle varie opinioni rimando all'Arnò: *La teorica del periculum rei venditae*, 1897 (estratto dalla *Giurispr. it.*, v. XLIX). L'Arnò stesso poi (*Arch. giur.* LXII p. 540 sgg.) ammette la regola pel diritto giustinianeo; ma la nega per diritto classico. I compilatori avrebbero confuso la *custodia rei*, osservata la quale il venditore è liberato dalla sua prestazione, col *periculum rei*, ossia col detrimento patrimoniale della perdita della cosa. Io ho già avvertito che *periculum* e *custodia* sono in genere nelle fonti termini correlativi (*Encicl.*, p. 642); qui poi devo ripetere che non è escogitabile che il diritto giustinianeo abbia modificato l'antico diritto in senso più repugnante al sentimento immediato dell'equità e allo svolgimento del nostro contratto. La confusione tra *custodia* e *periculum* dovrebbe essere evidente nel § 3, che però presenta le caratteristiche della lingua e dello stile di Gaio e non offre nella prima parte sintomi di alterazioni. In realtà il paragrafo parla del servo *rubato* o *fuggito*: siccome non tutti i servi (anzi la minor parte) *custodiri solent*, così è importantissimo

vendita è condizionale, il compratore non subisce il detrimento per la perdita totale della cosa verificatasi prima che si attuasse la condizione (giacchè in tal caso la vendita non si è potuta perfezionare); subisce quello derivante dal deterioramento, giacchè qui la vendita si perfeziona all'avverarsi della condizione, non mancando l'oggetto (1).

---

sapere se in proposito fu stabilito o no che il venditore nel frattempo custodisse il servo venduto. Abbiamo già detto, come appena sia escogitabile *furto* o *fuga* senza mancanza di custodia. L'ultima parte del paragrafo presenta certo segni di affrettata compilazione; ma quello che i compilatori in sostanza hanno voluto dire, è che il venditore è *securus*, quando ha fatto il dover suo. L'Arnò stima interpolati altri passi, come il fr. 14 pr. cit., ma per troppo deboli indizii. Concesso anche che le parole del fr. 14 pr. « et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet » siano interpolatizie (il che a me non pare), la decisione del testo che precede presuppone tacitamente questa regola. Le dottrine a questa contrarie si appoggiano (oltre che sul fr. 33 cit., per cui rimando all'*Enciclop.*, *l. c.*) a due celebri passi, i fr. 13 e 15 D. 18, 6. In essi sembra dirsi che il *periculum* è del compratore solo dopo la tradizione o la *mora accipiendi:* altrimenti del venditore. Ma il primo testo fa un caso evidente di *colpa* (la cosa venduta è posta sulla pubblica via); fino alla tradizione il venditore che deve la *custodia* e subisce il *periculum* relativo (Ferrini, *Commodato*, p. 83 sg.) risponde della perdita; dopo la tradizione o la *mora accipiendi*, egli non ne risponde più. Il secondo passo fa il caso di furto, che è l'ordinario paradigma della mancata custodia. V. *Enciel.*, *l. c.*

(1) Fr. 8 pr. D. 18, 6. È considerata come condizionale la vendita di una determinata quantità complessiva di cose ad un prezzo per unità di numero o di misura: la

549. Il venditore, dicevamo, è tenuto « haetenus, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat » (1). La traslazione della proprietà è certo la migliore attuazione dei fini, a cui la compravendita mira: anzi se appositamente si volesse impedire il transito della proprietà, la compravendita verrebbe meno (fr. 80, § 3 D. 18, 1). Da ciò dipende pure che nel diritto classico il venditore di una *res mancipi* era tenuto, ove il compratore lo volesse, a farne la *mancipatio* (Gai., 4, 131ª). Il compratore non può però lagnarsi, se gli fu trasmessa la *vacua possessio* e non viene in questa molestato. Se anche egli viene a conoscere che la cosa è di un terzo, per ciò solo egli non ha ragione di rivolgersi contro il venditore; a meno che questi sia in dolo e la mancanza di proprietà porti qualche conseguenza dannosa al compratore (che non può ad es. dare in pegno la cosa comperata). Solo in tale ipotesi questi agirà « quanti eius intersit rem eius esse factam » (2). Invece può il compratore agire, se non gli è stata conferita tale posi-

---

vendita si perfeziona coll'effettiva *adnumeratio*, ecc.: fr. 35, § 5 D. 18, 1. Non così se la quantità fosse stata venduta in blocco per un prezzo cumulativo. Si ha allora una compravendita *pura*, ordinaria. Se fossero state comperate alcune cose da prendersi da quella massa determinata saremmo nel caso di una *obligatio generis;* niuna delle cose è in *obligatione* prima della concentrazione e quindi di nessuna sopporta il compratore il pericolo: c. 2 pr. C. 4, 48.

(1) Fr. 30, § 1 D. 19, 1. Diversa è dunque l'obbligazione del *venditor fundi* da quella di chi ha promesso *fundum dari:* fr. 25, § 1 D. 18, 1.

(2) Opinione di Giuliano: fr. 30, § 1 D. 19, 1.

zione da vincere in possessorio (1). Colla cosa il compratore ha diritto di ottenere i suoi accessorii; quali siano le cose accessorie che seguono nella vendita la cosa principale, è indicato (in mancanza di apposita determinazione) dagli usi comuni. Inoltre il compratore può domandare i frutti e gli altri proventi prodottisi nel tempo intermedio fra il contratto e la sua esecuzione, nonchè gl'incrementi che nel frattempo ha avuto la cosa (2).

550. Se la compravendita mira alla traslazione di altro diritto, basterà qui pure che il compratore ne ottenga l'esercizio senza molestie; anzi nel diritto antico in molti casi (usufrutto, crediti) non era possibile ottenere di più (3).

551. Se la cosa od una parte di essa viene rivendicata da un terzo, il compratore ha il diritto di essere mantenuto indenne dal venditore, tranne clausole in contrario (*venditio simplaria*: fr. 48, § 8 D. 21, 1; ἁπλὴ ὠπὴ libro siro-rom., § 39) (4). Tale clausola però non libera il venditore che sia in dolo (fr. 1, § 1, 6, § 9 D. 19, 1) (5).

Questo è il principio che vale nel diritto classico e nel giustinianeo; ma ad esso non si è pervenuti

(1) « Venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit... nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit »: fr. 11, § 13 *ib.*

(2) Fr. 13, § 18 D. 19, 1; *rat. fr.* § 15; § 3 I. *cit.*

(3) Circa l'usufrutto v. *supra*. Sulla cessione dei crediti v. in questo stesso libro.

(4) ἁπλὴ πρᾶσις *Bas.*, XIX, 10 c. 48; Harm., III, 3, § 67.

(5) Giuliano riteneva che il venditore dovesse anche in caso di tale clausola rifondere il prezzo: fr. 11, § 18 *ib.* La sua opinione non prevalse.

che attraverso diversi gradi di svolgimento (1). Dalla *mancipatio* derivava un'*actio auctoritatis in duplum* (del prezzo) contro l'*auctor*, che avesse lasciato spogliare l'acquirente da un terzo (2). Tale azione è sparita colla *mancipatio* nel diritto nuovo (3). Inoltre antico è l'uso della *stipulatio duplae*, con cui le parti vogliono assicurarsi il medesimo effetto dell'*actio auctoritatis*, quando omettono o non possono fare la *mancipatio* o riesce incerto il valore giuridico di questa (4). Per le cose meno importanti s'interponeva una *stipulatio* incerta: *habere licere spondes?*, che mirava alla riparazione dell'*id quod interest* (5). Tali rimedii non derivano dunque dal contratto di compravendita ed anzi sono anteriori al riconoscimento di questo. Nelle sue origini il contratto si riteneva eseguito, quando il venditore avesse procurato al compratore il libero possesso della cosa; di ciò che poi si poteva verificare, egli non era responsabile. Il primo passo fu certamente quello di considerare idonea l'*actio empti* per costringere il venditore ad addivenire alla sti-

---

(1) Numerosa letteratura. Cfr. Bechmann, *Kauf*, I, p. 103 sgg.; Eck, *Die Verpflichtung des Verk.* (1875); Girard, *Études hist. sur la formation du syst. de la garantie d'éviction en dr. rom.* (1884).

(2) All'uopo non occorreva veruna clausola speciale: Pernice, *Labeo*, III, I, p. 115 sgg.

(3) Il posto occupato nell'Editto dall'*actio auctoritatis* è stato determinato dal Lenel, *Ed. perp.*, p. 423 sgg. Sulla «satisdatio secundum mancipium» v. Girard, *o. c.* p. 53 sgg., 125 sgg.

(4) Varro, *r. r.*, 2, 10, § 5. Trittici di Transilvania: *C. I. L.*, III, n. 941, 937, 959, 944.

(5) Varro, *l. c.*, 2, 2, § 6; 2, 3, § 5; 2, 4, § 4.

pulazione (*duplae* o semplice, secondo i casi determinati dal costume, come a mio avviso ha dimostrato il Girard) (1). La coazione al contratto fu qui, come spesso altrove, l'avviamento per la strada conducente al diretto riconoscimento della pretesa. Si considerò il venditore (qualora l'evizione della cosa si fosse vèrificata prima che fosse interposta la stipulazione) a prestare quanto avrebbe dovuto, se avesse stipulato (2). Da ultimo si arrivò a ritenere compresa senz'altro nell'obbligo del venditore la garanzia del pacifico godimento.

552. Il diritto giustinianeo non ha che i due rimedii della *stipulatio duplae* e dell'*actio empti*. La prima dà luogo alla domanda di una somma certa (il doppio del prezzo), la seconda coinvolge tutto l'*id quod interest* (3): « omne quod interest emptoris servum non evinci » (4): per cui « si minor (res) esse coepit, damnum emptoris erit » e cioè il venditore dovrà *meno* del prezzo ricevuto (5). Nei casi, in cui secondo l'uso il venditore sarebbe tenuto a prestare la *stipulatio duplae* e non ne è stato dispensato, si considera il venditore tenuto come se l'avesse prestata: in questo caso l'*a. empti* può servire a ripetere il doppio del prezzo (6).

---

(1) Fr. 1 pr. D. 19, 4; fr. 13, § 17 D. 19, 1 e fr. 11, § 8 D. *ib.*; fr. 37 pr. *ib.*, ecc.

(2) Fr. 2, 30, § 1 D. 19, 1.

(3) Su' limiti della sua estimazione nel diritto giustinianeo v. *supra*.

(4) Fr. 43 D. 19, 1. La fine del fr. parmi interpolata, come è certo interpolato il fr. 44.

(5) La ragione è che, se la cosa non fosse evitta, il compratore l'avrebbe diminuita o deprezzata: fr. 70 D. *ib.* c. 23 C. 8, 44 (45).

(6) Girard, *o. c.*, p. 129. V. fr. 2, 6, 37, § 1 D. 21, 2.

553. La formola della *stipulatio duplae* ci è nota: essa è sostanzialmente la stessa nei vari documenti che ci sono pervenuti; v. ad es. il trittico di Transilvania (*C. I. L.* III, n. 940): « si quis eum puerum, quo de agitur, partemve quam quis ex eo evicerit, quominus emptorem supra scriptum eumve, ad quem ea res pertinebit, uti frui habere possidereque recte liceat, tam quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri ». Occorre dunque una evizione (ossia una vittoria processuale del terzo rivendicante (1) o totale o parziale (2): non basta l'evizione de' frutti o de' prodotti, poichè questi non sono la cosa nè una parte di essa (3). Basta invece che sia rivendicato in tutto o in parte l'usufrutto (4): la stipulazione dice infatti che non solo deve essere libero l'*habere licere*, ma anche l'*uti frui*. L'evizione de' prodotti o degli accessorî può invece far luogo all' *actio empti*, poichè « sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt,

---

(1) L'evizione si ha pure se il terzo ha ottenuto il possesso della cosa e il compratore è respinto colla sua rivendica (« possessor ab emptore conventus absolutus est »). Non importa che il compratore abbia restituito la cosa o parte di essa o che siasi lasciato condannare nella *rei aestimatio*: fr. 16, § 1 D. 21, 2.

(2) Se la menzione della *pars evicta* fosse omessa nel formulario, non si avrebbe l'*actio ex stipulatu*, poichè il compratore finchè mantiene una quota di condominio non può dire che la *cosa* gli fu tolta: fr. 56, § 2 *h. t.*

(3) Fr. 43 D. *h. t.*

(4) Fr. 43 cit.; fr. 49 *ib.*

praestare debet emptori, ut habeat » (1). Nè l' uno nè l'altro rimedio serve invece qualora un terzo rivendichi una servitù prediale sul fondo comperato, a meno che vi sia dolo del venditore (2) o vi sia nella stipulazione o nel contratto esplicita promessa dell'assenza di tale servitù. Tale promessa è ordinariamente espressa colla clausola, che il fondo è venduto « uti optimus maximusque est » (3); la *servitus* è una *qualitas dominii* che non impedisce nè lo *habere possidere*, nè l'*uti frui* e non implica diminuzione *quantitativa* della cosa trasmessa. Nè l'uno nè l'altro rimedio serve, quando non c'è danno derivante dalla evizione, p. e. se la cosa perisce prima del processo (4) o se l'evizione non dipende da mancanza di diritto nel venditore, p. es. se la causa di essa è posteriore alla compravendita, ovvero vi ha colpa nel compratore, che potendo non ha usucapito (5) ovvero non ha tempestivamente denunciato al venditore la lite mossagli dal terzo: « emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussores eius habet » (6). Se il venditore stesso rivendica la cosa venduta (si pensi pel diritto clas-

---

(1) Fr. 8 D. *h. t.*; fr. 16 pr. *ib.*

(2) In tal caso l'*actio empti* ha il suo corso.

(3) Fr. 59 D. 18, 1; fr. 75 D. 21, 2; fr. 66 pr. D. 18, 1; fr. 48 D. 21, 2. Su passi citati in contrario, quali il fr. 6, § 3 D. 8, 4, il fr. 61 D. 21, 1 e il fr. 15, § 1 D. *h. t.* v. il Vangerow, *Pand.*, III, § 610, n. 3.

(4) c. 26 C. 8, 44 (45).

(5) Fr. 56, § 3 D. *h. t.* Lo stesso ammette Ulpiano nel caso di *imprudentia iudicis aut error*: fr. 51 pr. *h. t.*

(6) c. 8 C. 8, 44 (45).

sico ch'egli abbia semplicemente tradito una *res mancipi ;* pel diritto classico e nuovo, ch'egli abbia acquisito posteriormente la proprietà), il compratore può o lasciarsi condannare per intentare poi l'azione di risarcimento ovvero elidere l' azione mediante l'*exceptio rei venditae et traditae* (1).

554. Nel diritto giustinianeo l'*actio empti* è concessa pure, quando il compratore ha avuto per altra causa la proprietà della cosa, in modo che gli è riuscito inutile il sacrificio fatto per acquistarla (2). La cosa gli è stata ad es. legata o lasciata in eredità dal vero proprietario (3). Nel diritto classico l'*a. empti* a ricupero del prezzo si poteva concedere solo, quando il compratore che avesse sborsato il prezzo non avesse avuta la cosa dal venditore, ma l'avesse avuta dal terzo *ex causa lucrativa* (4).

555. Se la cosa venduta ha dei vizî i quali non furono dichiarati al momento del contratto o non erano fin d'allora manifesti, il compratore secondo il diritto classico può valersi dell'*a. empti* per ottenere il risarcimento del danno subìto, qualora il

---

(1) Fr. 17 D. *h. t.*

(2) La *stipulatio duplae* non ha qui applicazione neppure nel diritto nuovo: fr. 57, § 1 D. *h. t.*

(3) Fr. 9 *h. t.* « Sabinus ait amissam actionem *de auctoritate*, quoniam servus non potest evinci (sed in ex empto actionem decurrendum est) ». Che questo sia emblema, non è arduo dimostrare. Il fr. 29 D. 19, 1 è certo corrotto (Fabro, *Coniect.*, 5, 14 ; Glück, *ausf. Erl.*, XVII, p. 221; Arndts, *Vermächtnisse*, I, p. 331 sg.; Ferrini, *Legati*, p. 624 sg.) o ad ogni modo male si cita rispetto alla presente questione.

(4) Fr. 13, § 15 D. 19, 1; fr. 84, § 5 D. 30 ; cfr. Ferrini, *l. c*

venditore li avesse maliziosamente taciuti, contro la *bona fides*, che deve regolare il rapporto (1). Se il compratore voleva maggiori garanzie, doveva stipulare l'assenza dei vizî temuti; questa stipulazione era ben nota nell'ultimo periodo repubblicano ed i prudenti, fra cui merita menzione Manilio, si ingegnavano ad apprestare i formulari opportuni secondo le diverse categorie di oggetti dedotti in contratto (2). Se viene anche stipulata (*in duplum* o *in simplum*) la garanzia per l'evizione, la stipulazione di garanzia pei vizî viene a formar parte di un formolario unico (3), di cui abbiamo esempi (4).

556. Particolari norme vigevano pei mercati. Gli edili curuli (5) ordinarono anzitutto, ispirandosi secondo ogni verosimiglianza ad esempî greci, che coloro i quali vendevano servi sul mercato (di cui

---

(1) Per gli stabili già Cicerone (*de off.*, 3, 16, § 65) dice: « sanctum apud nos est iure civili ut in iis vendendis vitia dicerentur quae nota essent venditori ». Anche l'azione *de modo agri* riconosciuta dalle XII tavole in caso di *mancipatio fundi* serve a domandare la rifusione in duplo della parte di prezzo corrispondente alla eccedenza di misura *mendacemente affermata* dal venditore; Paul., *Sent.*. 2, 17, § 4. Cfr. Lenel, *E. P.*, p. 153; Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 115 sgg. Quest'azione è come l'*actio auctoritatis* tramontata insieme alla *mancipatio*.

(2) Tali stipulazioni si accompagnano anche alla *mancipatio;* esse non presuppongono il riconoscimento del contratto consensuale.

(3) Girard, *Garantie*, p. 83.

(4) V. il trittico già citato, *C. I. L.*, III, n. 940: « Eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaque solutum, erronem fugitivum caducum non esse praestari et si quis eum puerum, ecc. » (come *supra*).

(5) Per tutto questo v. Ferrini, *Origini*, cit., p. 35 sg.

spettava a tali magistrati l'alta polizia) dichiarassero (1) « quid morbi vitiive sit » : « quis fugitivus errore sit noxaque solutus non sit ». Se più tardi il compratore rilevava alcuno di questi difetti non preannunciati, poteva ottenere dagli edili la rescissione del contratto : egli restituiva la merce e accessori e otteneva prezzo e interessi (2). Questo procedere è più conforme all'indole di un istituto di polizia, che non a quello di un istituto giuridico e contrasta anzi coi principî fondamentali del diritto contrattuale. Probabilmente, come mezzo preventivo atto a mantenere la quiete pubblica, esso fu accolto dagli edili prima che il contratto consensuale avesse riconoscimento. Attorno a questo nucleo primitivo si elaborò un diritto edilizio abbastanza complicato. La disposizione fu estesa anche alla vendita di *iumenta* (per cui non c'erano i precedenti ellenici): « qui iumenta vendunt palam recte dicant, quid in quoque eorum morbi vitiique sit ». Rispetto alla vendita del bestiame, oltre che il rimedio surriferito (*a. redhibitoria*), gli edili introdussero anche un'azione, con cui il compratore, se lo preferisse, lasciando intatto il negozio, poteva chiedere una congrua rifusione di parte del prezzo (*a. aestimatoria, quanti mi-*

(1) Con *avvisi scritti* (*titulus*), giusta la prima redazione dell'Editto (Gell., 4, 2, § 1); con *palam pronuntiare*, giusta la redazione definitiva (fr. 1, § 1 D. 21, 1).

(2) Se il venditore non si prestava a ciò in seguito all'ordinanza del giudice nominato dall'edile, veniva condannato nel doppio. In proposito l'Editto non era molto chiaro: cfr. fr. 45 D. 21, 1 ed Eck nelle *Iur. Abh. für Beseler*, p. 187 sgg. (su cui v. la mia recensione nel 3 vol. della *Rivista critica*). Cfr. però Lenel, *E. P.*, p. 437, n. 8; Girard, *l. c.*, p. 115.

noris). Questa disposizione fu dalla giurisprudenza applicata anche alla *venditio mancipiorum*. Inoltre gli edili riconobbero nel compratore il diritto di esigere la *stipulatio duplae* (pei vizi e per l'evizione); se il venditore non la prestava, il compratore poteva far rescindere entro due mesi il contratto; entro sei mesi agire per l'*id quod interest* (mediante l'estimatoria). Del resto l'azione redibitoria nella sua ordinaria funzione si prescriveva in sei mesi; l'estimatoria in un anno (1).

557. L'Editto degli edili curuli era riprodotto in quello dei *quaestores* mandati nelle provincie senatorie; nelle provincie imperiali tale editto non si proponeva (2). Quando la giurisdizione degli edili venne meno e cioè ai tempi di Alessandro Severo (3), le disposizioni dell'editto edilizio furono conservate come parte del diritto onorario e s'iniziò fin d'allora quel movimento che nel diritto nuovo ha unificato completamente il diritto dei mercati a quello delle ordinarie compravendite; l'editto edilizio si estende per quello che concerne la responsabilità dei vizî occulti, senza alcun riguardo alla colpa del venditore, a tutte le cose mobili od immobili (4).

558. Circa alla compravendita dei diritti, basti notare che il venditore risponde della *veritas*, non della *bonitas nominis*.

559. L'obbligo del compratore è di pagare il prezzo, rendendone proprietario il venditore: *emptor nisi*

---

(1) Fr. 19, § 6; fr. 38, § 5 D. 21, 1.

(2) Gai., 1, 6.

(3) Mommsen, *Röm. Staatsr.*, I, p. 559.

(4) Fr. 1 pr. D. 21, 1 interp. Cfr. Kniep, *Praescriptio*, p. 163 sgg. Altre interpolazioni sono ivi indicate.

nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito (fr. 1 pr. D. 19, 4); deve pagare anche gli interessi dal giorno, in cui egli ha ricevuto la merce (fr. 13 § 20 D. 19, 1; *vat. fr.* § 2). Deve inoltre rimborsare le spese di custodia della cosa, se così è convenuto o se è in ritardo nel ritirare la merce (fr. 38 § 1, D. *ib.*) Egli può rifiutarsi al pagamento, se il venditore non ha adempiuto la sua prestazione o se la sua prestazione è da ritenersi insufficiente, p. es. se non è stato trasferito il possesso libero, o se dolosamente è stata venduta una cosa aliena (secondo il parere già riferito di Giuliano); ovvero se è già stata mossa contro di lui la rivendica da parte del terzo (1). Però Diocleziano ha permesso in quest'ipotesi al venditore di pretendere il prezzo, offrendo cauzione pel caso di avverso esito del processo (2).

560. *Locatio conductio* (3). Mentre la compravendita è un contratto che presenta un tipo unico e ben definito, la *l. c.* presenta una varietà di tipi fondamentali; abbiamo la locazione di cosa, la *locatio operis faciendi* e la *conductio operarum*. La ragione, per cui così diverse figure vennero raggruppate sotto un solo concetto, è storica: il modello fu posto dai negozî conchiusi dai censori a nome dello Stato e per l'ultima forma del rapporto fra magistrati e gli *apparitores*. Lo Stato *locat* (4) gli stabili o le imposte al maggior offerente, l'*opus*

---

(1) *Fragm. vat.*, § 12.

(2) c. 24 C. 8, 44 (45); fr. 19, § 1 D. 18, 6 (interp.)

(3) Burckhardt, *Zur Gesch. der loc. cond.*, 1889; Karlova, *r. R. G.*, II. p. 632 sgg.; Mommsen, *Ztschr. d. S. S.*, R. A. VI, p. 260 sg.

(4) Proprio nel senso etimologico di *mettere a posto, collocare.*

faciendum a chi meno pretende; il magistrato *conduce* seco alcuni uomini liberi per que' servizi che non si vogliono commettere a schiavi. Ciò spiega pure perchè si chiami *locator* tanto chi concede il godimento della cosa, quanto chi dà un lavoro da eseguire verso retribuzione, sebbene il primo abbia diritto alla mercede ed il secondo vi resti obbligato; mentre si dice *conductor* colui che si obbliga alla mercede ed assume gli altrui servizi (1). Nell' Editto l'unità di queste forme è efficacemente rappresentata nell'unica formula (2), la quale di volta in volta si modifica, secondo la specie concreta: « quod A.us fundum locavit »: « vestimenta sarcienda locavit », « operas N. conduxit ». Possiamo quindi definire il rapporto così: La *l. c.* è quel contratto, per cui una delle parti si obbliga a procurare all'altra il godimento di una cosa o l'esecuzione di un'opera o la prestazione di servizî e la seconda si obbliga a prestare alla prima una mercede. La differenza fra le due ultime forme sta in ciò, che nella prima si ha in mira il risultato finale del lavoro anzichè il lavoro medesimo; nella seconda il lavoro come tale, prescindendo dal risultato.

561. La locazione di cose ha per oggetto mobili o immobili; nel secondo caso il conduttore si chiama « inquilinus », se trattasi di un predio urbano, « colonus » se di un predio rustico. L' *opus locatum* (ἀποτέλεσμα) può essere di qualsiasi specie; dalla scoltura di una statua o dall'erezione di un edificio si discende fino alla riparazione di un abito scu-

---

(1) Altre opinioni circa l'elemento comune v. ad es. nel Bechmann, *Kauf*, I, p. 433 sg. e contro lui il Pernice, *Parerga*, III, p. 239 sg.

(2) Lenel, *E. P.*, p. 240; Pernice, *l. c.*

cito (1). Nella *conductio operarum* si tratta di servizî prestati da uomini liberi, salariati, e si presuppongono sempre opere manuali ed umili (2).

562. La locazione nelle sue varie forme è un contratto consensuale (3) e bilaterale; una parte si obbliga a fornire il godimento della cosa o il lavoro o a condurre a fine un'impresa, l'altra alla mercede. Perchè si distingua la posizione delle due parti (4), oc-

---

(1) V. gli esempii raccolti in Pernice, *l. c.*, p. 245, n. 1, 2 (devono escludersi però le nenie funerarie, che mi sembrano doversi ricondurre alla *conductio operarum:* cfr. Nonio, p. 66). Occorre che all'*artifex* spetti l'*universitas consummationis*, come si esprime il fr. 51, § 1 D. 19, 2. Inoltre non ogni *factum locari solet*: fr. 1 D. 50, 13. Qui certamente predominano le mutevoli opinioni sociali. Il diritto romano non riscontra una locazione d'opera nelle prestazioni di un medico, di un avvocato, di un *politor*, di un *mensor* (fr. 1 pr. D. 11, 6). Un precettore che si assume verso onorario di istruire una persona libera non è *conduttore d'opera*: ma è ammesso che si possa *servum docendum conducere* (fr. 13, § 3 D. 19. 2). Non importa di regola che il conduttore eseguisca personalmente l'opera o si valga del lavoro di uno o più altri (Pernice, *l. c.*, p. 247).

(2) Varro, *r. r.*, 1, 17, § 2; Pernice, *l. c.*, p. 243. Cfr. Cic., *de off.*, 1, 150: « inliberales et sordidi quaestus mercennariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur ».

(3) Che alla perfeziono del contratto occorra la prestazione del godimento della cosa (nella *rei locatio*) è un'opinione che il Perozzi nel citato lavoro (*Scritti per Schupfer*, vol. I) ha messo avanti riserbandosi di meglio dimostrarla.

(4) Per ciò che segue e che diverge notevolmente dalla comune opinione v. Ferrini, *Rendic. Ist. Lomb.*, volume XXVI, fasc. 4 e *Archiv für die civ. Pr.*, 1893 (come estratto: *Ueber die col. partiaria*).

corre che le due prestazioni si differenziino nell'indole loro; non vi sarebbe locazione se taluno desse « rem utendam sive fruendam et *invicem* aliam utendam sive fruendam acceperit » (1). E per vero qui sarebbe difficile dire chi sia locatore, chi conduttore. Lo stesso dicasi se ad es. uno si assume di custodire un servo e in cambio ottiene il diritto di valersi del servo medesimo: e l'una e l'altra prestazione costituisce un oggetto di locazione e non si differenzia in modo reciso (2). Ma se io mi obbligassi a dare un anello d'oro in pagamento dell'annuale godimento di una stanza o a ricompensare con una tunica una settimana di lavoro di un operajo, nulla v'ha che osti al concetto di locazione. E ciò è tanto vero, che è affatto ovvio che si lochino dei fondi verso una *pars quanta* di derrate (ossia verso una quantità determinata a priori) (3), ovvero verso una *pars quota* de' prodotti (una parte proporzionale al prodotto effettivo) (4). L'importante si è che la mercede

(1) Gai., 3, 144.

(2) Fr. 1, § 9 D. 16, 3; Ferrini, *o. c.*, § 9.

(3) c. 21 C. 4, 65: « si olei certa ponderatione fructus anni locasti, etc. ». Affitti a *pars quanta* sono frequentissimi in Egitto anche dopo la costituzione di Caracalla: v. *Corpus papyr.*, I, p. 159 sg. n. 32 (218 d. Cr.): ἐκφορίον κατ' ἄρουραν πύρου ἀρταβῶν δύο (l. 13 sq.); n. 33, p. 160 sg.; n. 35, p. 162 sg. l. 8 sg. (ἐκφορίου ἀποτακτοῦ τῶν ὅλων ἀρουρῶν ἐξ πύρου ἰδιωτικῇ μετρήσει ἀρταβὰς εἴκοσι); n. 36 p. 163; n. 37 p. 164 sg.; n. 38 p. 165. Nel documento n. 39 (266 d. Cr.), p. 166 sg., il canone annuo è fissato stabilmente (ἀποτακτοῦ) in diciotto artabe di grano e settanta dramme d'argento (P. 12-14): n. 41 pagina 169 sg. Al n. 40 p. 167 sg. la *merces* è tutta in danaro; al n. 45, p. 175 sg. è prevalentemente in denaro, ma comprende anche datteri e legna.

(4) Fr. 25, § 6 D. 19, 2: « ... colono... qui ad pecuniam

sia *vera*, sia tale da distinguersi dalla contro-prestazione e sia *certa*. Per quest'ultimo requisito non s'intende che sia fissato addirittura l'oggetto che la rappresenta; ma che siano posti con certezza i criteri, da cui esso sarà determinato. Ad es.: « la terza parte de' frutti che il fondo produrrà » (1).

563. Non si può però negare che nel diritto giustinianeo, probabilmente in seguito alla cattiva intelligenza di qualche passo de' classici (2), si insegni che la *merces* deve consistere in *numerata pecunia* (3). Allora l' affitto de' fondi per un canone in derrate diventa un' *anomalia* spiegabile solo per ragioni di utilità (4); anzi i bizantini propendono a negare che

---

numeratam conduxit.., partiarius colonus... »; c. 8 C. *ib.*: « certis annuis quantitatibus fundum conduxeris ». Cfr. Plin., *Epist.*, 9, 37.

(1) Che la *pars quota* rappresenti sufficiente certezza e oggettività per fungere come *merces* fu da me dimostrato contro il Waaser, *Die col. partiaria* (1885) nel citato lavoro, § 5. Si potrebbe obbiettare che la *merces* potrebbe anche mancare, qualora cioè mancasse affatto il raccolto. Ma ciò si può equiparare al patto remissorio della mercede in caso di totale assenza del raccolto, che è lecito anche nelle locazioni pecuniarie: v. anzi su ciò più avanti.

(2) Ferrini, *o. c.*, § 9.

(3) *Quia pecunia non datur*, fr. 1, § 9 D. 16, 3 (parole interpolate); fr. 5, § 2 D. 19, 5 (passo notoriamente interpolato: Gradenwitz, *Interp.*, p. 132 sgg.; Lenel, *Palingen.*, I, 1194, 1195; Ferrini, *o. c.*, § 10).

(4) È l'opinione dei moderni, che non distinguono fra diritto classico e nuovo: Glück, *Erl. der P.*, XVII, 335; Sintenis, *Pract. gem. Civ. Rt.*, II, § 118; Mommsen, *R. Staatsr.*, II², p. 469; Windscheid, *Pand.*, II, § 399, ecc. Sui più antichi scrittori di diritto comune v. Ferrini, *o. c.*, § 3 e § 6.

si tratti di locazione, ma pensano o ad un contratto di società o ad un sinallagma del tipo *do ut facias* (1).

564. Il locatore di cosa è obbligato a fornire il godimento di essa; il conduttore di un *opus* di compiere l'impresa assunta; il locatore di servizi di esibire la somma di lavoro pattuita. La responsabilità è misurata a stregua della *culpa levis* (§ 5 I. 3, 24).

Se anche si deve ammettere colla comune opinione che le obbligazioni delle parti scendano immediatamente dalla pura convenzione, è però certo che l'obbligazione di pagare la mercede segue l'esecuzione dell'altra e si commisura a quest'ultima. Se taluno conduce le opere di un servo, costui non acquista al suo padrone il diritto alla mercede che di mano in mano, secondo la quantità di lavoro prestato (2).

---

(1) Ferrini, *Origini del contratto di società* (dall'*Arch. giur.* XXXVIII, 1), p. 29 sg. Cfr. Taleleo, *Bas.*, I, p. 648; Stefano: sch. βουλόμ. ed Ἐάν *Bas.*, II, p. 27. Circa al fr. 52, § 2 D. 17, 2 si avverta che non si tratta del colono, ma del *politor*, il quale non prende in godimento il fondo ed è di condizione troppo alta per essere considerato come un lavoratore: Pernice, *Amoenitates iuris* (dalla *Ztschr. d. S. S.*, VII), p. 11 sg.; Ferrini, *Origini cit.*, p. 31 sg.

(2) Fr. 18, § 3 D. 45, 3. Lo stesso dicasi del lavoro dei liberi, salvi alcuni temperamenti. L'operaio che ha locato le sue opere *per certum tempus* ha diritto alla mercede, ancorchè per causa da lui indipendente sia stato impedito dal prestare il lavoro (fr. 38 pr. D. 19, 2), p. es. per essere morto il conduttore. Ciò deriva dalla considerazione che il *locator* obbligandosi per quel tempo ha perduto altre occasioni di trovare occupazione. Da ciò deriva che, se egli veramente trovasse altrove lavoro (fr. 19, § 9. 10 *ib.*), non potrebbe pretendere la mercede delle opere non prestate. Nel trittico di Transilvania l'imprenditore della

Se la casa condotta anche per caso fortuito o forza maggiore ruina o è inabitabile (1), il conduttore non è tenuto alla mercede; se una forza maggiore ha impedito di godere del fondo locato, il conduttore non deve la *merces* a meno che l'affitto sia fatto per vari anni e si possano considerare gli anni di raccolto mancato compensati da quelli di raccolto abbondante (2). Nella *locatio operis* parimenti il *periculum* spetta al *conductor* fino a che abbia compiuto l'opera od una parte di essa (se fu locata a un tanto per misura); in altre parole l'obbligo di pagare la mercede comincia solo quando l'opera è stata approvata o l'avrebbe dovuto essere (3). Però si ammise che il locatore dovesse tuttavia la mercede non solo in caso che fosse in *mora accipiendi*, ma anche qualora l'opera od una parte di essa sia rovinata per forza maggiore quando era già finita ed in istato di essere approvata (4).

La locazione è sempre un rapporto temporaneo. In quella di case suole essere fissato un termine; pei fondi rustici è comune quello di cinque anni (5).

---

miniera mette la clausola, che non si dovrà la mercede pei giorni in cui l'inondazione non permetterà di lavorare: *C. I. L.*, III, n. 948; cfr. Girard, *Textes*, p. 765.

(1) Fr. 27 D. 19, 2, ecc.

(2) Fr. 25, § 6 *ib.*; cfr. fr. 15, § 4 *ib.*

(3) *Labeo*, fr. 62 D. *h. t.*

(4) Paul. in fr. 62 cit.; fr. 36 e 37 *ib.* Il fr. 59 *ib.* è manchevole nell'esposiziono della fattispecie.

(5) V. Esmein, *Mélanges de droit*, p. 229 e i testi ivi illustrati. Non a torto ivi vi fu il confronto col *lustro* delle locazioni censorio. Varii sono i termini delle locazioni in Egitto (dopo la costituzione antoniniana); di regola sono annuali, ad es. *Corpus papyr.*, I, n. 37, p. 164, ecc. *Quattro anni* porta il n. 48 (a. 263 d. C.), il 39 (a. 266).

Scaduto il termine finale, la locazione è finita, a meno che il conduttore rimanga senza opposizione sul fondo, nel qual caso s'intende rinnovato il rapporto per il periodo minimo necessario alla sua esplicazione, cioè un anno, qualunque fossero i termini della locazione spirata. Questa s'intende rinnovata alle *medesime condizioni;* però se vi sono garanzie personali o garanzie reali fornite da terzi, esse non s'intendono riconfermate che col consenso « nuovo » dei terzi stessi (1). Pei fondi urbani la regola era che il conduttore, che restava nella casa senza opposizione dopo scaduti i termini, dovesse pagare la mercede in proporzione del periodo che vi era rimasto (2). Se non vi è termine, il rapporto può sciogliersi anche per volontà unilaterale (3); nonostante il termine, può così sciogliersi da parte del conduttore, se il locatore non presta la cosa in tale stato che possa il conduttore fruire della cosa locata (fr. 25, § 2 D. *h. t.*) (4) o, da parte del locatore, se il conduttore fa cattivo uso di questa (5) o non paga

---

(1) Per tutto ciò v. fr. 13, § 11 D. *h. t.*

(2) « Pront quisque habitaverit »: fr. 13, § 11 cit. L'interpolazione successiva (Eisele, *Ztschr. d. S. S.*, R. A., VII, p. 28) « nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est » è di ben dubbio significato. Forse dice solo, che si devono osservare le norme dedotte in scrittura circa il tempo che durerà questa tacita riconduzione: cfr. per simili norme (sebbene molto frammentaria) la *lex horreorum* (Bruns, *Fontes*, p. 329) nella prima clausola.

(3) Fr. 4 D. *h. t.*

(4) Il conduttore potrebbe preferire una *reputatio mercedum* o un più lato risarcimento.

(5) c. 3 C. 4, 65.

la mercede (1) o se il locatore medesimo abbia urgenza di avere la cosa libera o per ripararla o per servirsene personalmente (2).

565. La vendita della cosa non interrompe la locazione. Il compratore non è tenuto ad osservarla, a meno che siasi a ciò espressamente obbligato (3); ma il conduttore che sia molestato nel godimento ha azione verso il locatore nell'*id quod interest*.

566. Mercè le azioni di locazione e conduzione i giuristi romani applicano il principio della *lex Rhodia* per ottenere la contribuzione di tutti i proprietari delle merci salvate a indennizzare proporzionalmente coloro, le cui merci furono sacrificate per la comune salvezza: fr. 1 D. 14, 2. Il proprietario di queste ha azione *ex locato* contro il capitano (se si considera come *locato* un posto sulla nave: *conducti*, se il capitano ha accettato in genere *merces vehendas:* nel dubbio *agitur praescriptis verbis:* fr. 2 D. l. c.; fr. 1 § 1 D. 19, 5, ecc.); il capitano a sua volta ha azione *ex conducto* contro gli altri per farsi tenere indenne dall'onere incontrato per l'adempimento del contratto.

---

(1) Fr. 56 D. 19, 2. La chiusa « tempus autem in huius modi re biennii debet observari » è, come forma e sostanza dimostrano ad evidenza, mero emblema. Nel fr. 54, § 1 *ib.* « cum Seius bienni continui pensionem non solveret » appartiene alla descrizione della fattispecie; nel ragionamento il giurista tien solo conto del fatto che non si adempì a quest'obbligo in generale.

(2) c. 3 cit. L'ultima disposizione si spiega facilmente pensando che il locatore, specialmente di casa, era la *parte forte*.

(3) Ed *obbligato verso il conduttore*, come a suo luogo abbiamo detto; dunque con una *nuova locazione*.

567. Il mandato è l'incarico gratuitamente accettato di uno o più negozî (1). L'incarico deve riferirsi a gestione possibile e lecita (2); del resto può estendersi all'universale amministrazione di un patrimonio (in tal caso il mandatario è « procurator omnium bonorum »), ovvero limitarsi anche ad un singolo affare, che a sua volta può avere o no carattere giuridico (3). Giusta il principio generale, il mandato deve offrire un interesse per il mandante: fr. 8 § 6 D. 17, 1: « mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio ». Non nuoce poi che all'interesse del mandante si congiunga quello di un terzo o del mandatario medesimo (4): l'azione è però sempre data nella misura dell'interesse del mandante: « eatenus competit (actio), quatenus interest »: *l. c.* Però quando si manda di gerire il negozio di un terzo, ordinariamente v' ha l' interesse del mandante per la responsabilità che egli ha verso il terzo medesimo e per conseguenza di regola il mandato sta (5). Non è invece di solito concepibile un mandato nell' interesse del mandatario (6). Sappiamo tuttavia come per l'autorità di Sabino si siano

---

(1) Sulla storia del mandato v. Karlowa, *r. R. G.*, II, p. 664 sg.; Bechmann, *Kauf*, I, p. 491 e gli accenni importanti nel lavoro di Girard, *Sur la date de la loi Aebutia* (*Nouv. Revue hist.*, 1897: ad es. p. 272, 276).

(2) Fr. 6 § 3 e fr. 22, § 6 D. 17, 1.

(3) Pernice, *Parerga*, III, p. 237. L'oggetto è indicato colla espressione latissima *res:* cfr. *ibid.*

(4) Fr. 2 D. 17, 1. Sul fr. 54 *ib.* v. Pernice, *Labeo*, III; 1, p. 185.

(5) Fr. 6, § 4 D. 17, 1.

(6) Gai., 3, 156, ecc.

vinti gli scrupoli circa il mandato « ut Titio pecuniam faenerares » (1).

568. Il mandato dev'essere gratuito (2), traendo l'origine dall'*officium* e dall'*amicitia* (3). Obbligato è anzitutto il mandatario (contro cui si esperisce l'*actio mandati directa*): egli deve gerire l'incarico colla diligenza del buon p. f. (4); deve rendere conto al mandante della sua gestione, restituire quello che ha ricevuto dal mandante per questa e che non fu impiegato in essa, trasmettere la proprietà o gli altri diritti da lui acquistati per conto del mandante (5). La condanna in quest'azione adduce l'infamia (6). Obbligato può essere anche il mandante (contro cui è data l'*a. m. contraria*), che deve rimborsare il

---

(1) Gai., *l. c.*: « Servius... nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret ».

(2) Fr. 36, § 1 D. *h. t.*

(3) Fr. 1, § 4 *ib.*: « interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit »: purchè la *res mandata* possa costituire un *opus quod locari solet*. Trattandosi di *opus quod locari non solet*, si ritenne che non fosse incompatibile coll'essenza del mandato una retribuzione (*honos*, *honorarium*, ecc.), la quale in origine non si poteva pretendere per mezzo de' tribunali e sempre rimase estranea alla procedura ordinaria, pur essendo concesso di esigerla *extra ordinem*. « Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio », dice il fr. 6 pr. D. 17, 1: il che vuol dire che se anche interviene tale promessa di onorifica rimunerazione (da chiedersi *extra ordinem*), non è escluso il concetto di *mandato* e l'*actio mandati* rimane contro chi si è assunto l'incarico: cfr. c. 1 C. 4, 35.

(4) V. però *supra*.

(5) Fr. 8, § 10, 59 pr. D. 17, 1: fr. 49, § 2 D. 41, 2.

(6) Cic., *pro Roscio Am.*, 38, § 111; Gai., 4, 182.

mandatario delle spese fatte nella gestione in conformità allo istrazioni ricevute e sollevarlo dagli obblighi in tale gestione incontrati (1).

569. Se il mandatario gerisce un affare diverso da quello affidatogli, il mandante non è tenuto a riconoscere tale gestione; ma ha azione contro di lui per l'ineseeuzione dell' incarico dato. Se il mandatario eccede i limiti del mandato, ad es. comperando per 150 un fondo, mentre gli era stato dato l'incarico di comperarne uno per 100, l'opinione, che prevalse, dei proculiani era quella che il mandatario potesse costringere il mandante a riconoscere nei limiti delle condizioni poste l'affare compiuto, restando a perdita del mandatario l'eccedenza (2). Questo è anche più semplice, ove si tratti di gestioni divisibili: ad es. ho dato l'incarico di garantire per 100 e il mandatario ha garantito per 150 (3). S'intende poi che nell'incarico di comperare per 150, di garantire per 150, ecc. è sottinteso, che, se possibile, si comperi o si garantisca per meno (4).

570. Il mandato finisce per esaurimento dell' incarico, per verificarsi del termine, per reciproca volontà delle parti; finisce anche per volontà di una sola delle parti. Però se il mandante revoca il mandato a gestione incominciata, deve riconoscere quello che già è stato operato (5); se il mandatario rinuncia intempestivamente, sarà tenuto coll'*a. mandati* a tenere indenne di ogni conseguenza il mandante,

(1) Fr. 12, § 9, 45 pr. D. 17, 1.

(2) Gai., 3, 161.

(3) Fr. 33 D. 17, 1 (Giuliano).

(4) Gai., 3, 161 in f.

(5) « Ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum »: fr. 15 D. *h. t.*

poichè se è libero accettare o no un mandato, « susceptum consummari oportet », a meno che l'incarico sia tale che il mandante stesso od altro per lui lo possa comodamente eseguire (1). Anche la morte di una delle parti fa cessare il mandato; gli eredi del mandante devono però tenere indenne il mandatario di quanto ha operato all' insaputa della morte del loro autore (2) ed è verosimile che gli eredi del mandatario devano provvedere agli atti urgenti (3).

571. La società è il contratto fra più persone che mettono in comune qualche cosa per uno scopo lecito e per trarne lucro (4). Secondo le più probabili induzioni, questo contratto trae le sue origini da tre diversi istituti: la *societas omnium bonorum* (che implica confusione de' patrimoni dei soci in uno solo e che senza dubbio deriva dall'antico *consortium*, in cui i coeredi mantenevano indivisi i beni ereditati dal comune *paterfamilias* e vivevano sotto lo stesso tetto e alla stessa mensa), le associazioni mercantili e la *politio*. Quest' ultima figura praticamente ha minor importanza; scientificamente offre il prototipo del contributo del lavoro da una parte e del capitale dall'altra: il *politor* è un agricoltore pregiato per le sue cognizioni tecniche che viene chiamato a compiere un lavoro di miglioramento sul fondo

(1) Fr. 22, § 11 D. *h. t.* Il mandatario potrebbe però liberarsi da ogni responsabilità, adducendo giuste cause della sua rinuncia: malattia, inimicizia insorta fra lui e il mandante, ecc.: fr. 23-25 *ib.*

(2) « Alioquin insta et probabilis ignorantia damnum mihi adferret »: Gai., 3, 160.

(3) Arg. fr. 1 pr. D. 27, 7; Girard, *Manuel*, p. 573.

(4) Pernice, *Parerga*, I (*Ztschr. der S. S.*, R. A., III, p. 48 sgg.). Ferrini, *Origini del contratto di società*, 1887 (dall'*Arch. giur.*, XXXVIII, 1-2).

verso una quota parte del profitto (1). Le altre due forme hanno contribuito a dare all' ordinario contratto di società i suoi caratteri peculiari; da una parte il « beneficium competentiae » che accenna *allo spirito di fraternità*, che anima i consorzî; dall'altra l'infamia che segue alla *condanna* e che ricorda le esigenze della « fides » commerciale.

572. Considerando ora la *società*, quale prodotto storico di questo svolgimento, troviamo:

a) *societas omnium bonorum;*

b) *societas quaestus, lucri, compendii* per cui si mettono in comune i lucri da ottenersi dai soci a titolo oneroso;

c) *societas unius rei:* quando è messa in comune una sola cosa per amministrarla e averne i redditi ed i vantaggi (2).

d) *societas alicuius negotiationis:* società di commercianti (ad es. banchieri) per l'esercizio di un dato ramo di mercatura; di appaltatori di imposte (*societates publicanorum*); *politio*, ecc.

573. Alla costituzione di un contratto di società occorre (3) che ciascuno metta qualche cosa in comune: non occorre che tutti contribuiscano in uguale misura, nè che le contribuzioni siano fra loro omogenee; può anche un socio contribuire solo il lavoro (fr. 5 § 1 D. 17, 2). Occorre inoltre un comune interesse: ciascuno deve avere una parte ai beneficii della gestione sociale; se uno ne fosse del tutto escluso, mancherebbe affatto il tipo del negozio: fr. 29 § 2 *ib*. Dai principî generali si deduce pure la necessità di un oggetto lecito: « rerum inhonestarum nullam esse societatem »: fr. 57 *ib*.

---

(1) Pernice, *Labeo*, II, p. 282; *Parerga* cit., p. 61 sg.

(2) Fr. 5 pr. 58 pr. D. 17, 2.

(3) Sull'*affectio societatis* cfr. fr. 31-33 D. *ib*.

574. La società fa nascere obbligazioni reciproche tra le parti: l'azione dicesi « pro socio » (1). I doveri del socio sono l'apporto della contribuzione pattuita, la diligente gestione degli affari sociali, la partecipazione alle spese ed alle perdite, la comunicazione agli altri dei beneficî sociali (2).

575. Circa al primo punto si ricordi che nella *societas o. b.* ha luogo il c. d. *transitus legalis* e cioè i beni pertinenti ai patrimonî dei singoli soci si comunicano *ipso iure*. Negli altri casi occorre che il socio trada, ceda, esibisca la cosa, il diritto, il lavoro, ecc., a cui s'è vincolato. Circa al secondo punto, ogni socio (ove il contratto non disponga altrimenti) può gerire gli affari sociali. Dopo varie dispute (cfr. *supra*), il diritto romano s'è fissato nel senso che il socio che gerisce risponde della c. d. « culpa in concreto » (3). Rispetto alla partecipazione dei lucri e delle perdite, è anzitutto decisiva la convenzione. Questa può stabilire parti ineguali (ancorchè siano eguali gli apporti); se sono espresse le parti solo pei vantaggi, s'intende che siano le stesse anche per le perdite e viceversa (Gai., 3, 150). Può anche taluno essere tenuto in grado minore a sopportare le perdite e avere diritto a una maggior parte di lucro; se una simile *pactio* risponda o no alla delicata natura del rapporto sociale, è questione di fatto; dipende cioè dalla misura e dal pregio

(1) A torto il Bechmann, *o. c.* p. 487 sg. dice che tale azione tende non all'esecuzione, ma al rendiconto e che presuppone sempre che sia finito il rapporto sociale. V. in contrario anche il Pernice, *Parerga*, III, p. 235 sgg. (fr. 65, § 15 *h. t.*).

(2) V. Pernice, *ibi*.

(3) Pernice, *Labeo*, I, p. 442 sg.; Ferrini, *Origini*, cit., p. 9.

delle contribuzioni dei singoli (1). Inoltre un simile patto va riferito al risultato complessivo delle operazioni sociali o di un loro periodo; non alle singole operazioni: « potest societas coiri ita, ut *eius lucri quod reliquum in societate sit* (che è il resultato della gestione sociale), omni damno deducto, pars alia feratur et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur » (fr. 30 *cit.*). La distribuzione può anche essere riservata all'arbitrio di un socio (2) o di un terzo (3); il socio che si crede leso può agire *pro socio* perchè venga corretta la decisione presa. Altrimenti le parti sono uguali per tutti i soci, qualunque siano le rispettive contribuzioni (4).

576. Le società « solvitur ex personis ex rebus ex voluntate ex actione »: fr. 63 § 10 D. 17, 2. *Ex personis*, se muore taluno dei soci. « Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit » (fr. 35 *ib.*) (5). Anche la « capitis deminutio » di uno de' soci fa cessare il rapporto so-

---

(1) « Ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti »: così giustamente Servius Sulpicio contro il parere di Q. Mucio (Gai., 3, 149): cfr. fr. 30 *h. t.*

(2) Fr. 6 D. *h. t.*: « ad boni viri arbitrium ea res redigenda est ».

(3) Fr. 76-80 *ib.*: « arbitrium boni viri existimo sequendum esse eo magis, quod iudicium pro socio b. f. est ».

(4) Gai., 3, 150; fr. 29 D. *h. t.* Contro il Vangerow, *Pand.*, III, § 651, n. 2 (v. Ferrini, *o. c.*, p. 7).

(5) « Societatem non posse ultra mortem porrigi »: fr. 52, § 9 *ib.* (cfr. fr. 1 pr.; fr. 70 *ib.*). Non così per le *societates publicanorum*, dove si costituisce una persona collettiva. Occorre che l'erede subentri nella caratura del defunto o allora egli stesso subentra nella *societas* che perdura: fr. 59 pr.

ciale (1): nel diritto giustinianeo tale efficacia è limitata alla *maxima* e *media capitis deminutio* (2). La *venditio* o *publicatio bonorum (egestas)* di uno dei soci produce la stessa conseguenza (fr. 65 §§ 1, 12 D. *h. t.*; fr. 4 § 1 *ib.*). *Ex rebus*, se è cessato il negozio per cui la società fu contratta; se il patrimonio sociale è interamente perito o sottratto al commercio: « neque enim eius rei, quae iam nulla sit, quisquam socio est ». *Ex voluntate*, quando giunga il termine stabilito per la cessazione o mediante la *renuntiatio*, che può essere fatta da ogni socio ed in qualunque tempo, nonostante che siasi prefisso un termine per lo scioglimento. La *renuntiatio* dolosa non toglie però l'obbligo di comunicare il beneficio, di cui il rinunciante voleva maliziosamente privare i soci (fr. 65 § 3 *h. t.*, ecc.); rimane inoltre il rinunciante responsabile in caso di renunzia intempestiva (3), che non sia stata determinata *ex necessitate quadam* (*ib.* § 6), come mali diporti di un socio, assenza per affari pubblici, ecc. (4). *Ex actione* « cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis » (5); questo modo di cessazione presuppone dunque la *renuntiatio*.

577. La cessazione del rapporto sociale non estingue le obbligazioni già costituite, che si fanno valere mediante l'azione *pro socio* (opportunamente modificata quando la società siasi sciolta per morte; ed attore o convenuto appaja l'erede del socio, che

(1) Gai., 3, 150.

(2) Fr. 63, § 10; fr. 65, § 11 *h. t.* interp. (Eisele, *Beiträge zur r. R. G.*, p. 193).

(3) « Renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit »: fr. 65, § 5 o *ante tempus ib.* § 6.

(4) Fr. 14-16 D. *h. t.*

(5) Fr. 65 pr.

non è socio). Già si è visto come il socio goda del *beneficium competentiae* sempre nel diritto giustinianeo (§ 38 I. 4, 6); per lo meno nella ipotesi di *societas omnium bonorum*, secondo il diritto classico (1). I soci possono anche ricorrere all'*actio communi dividundo* per la divisione della cosa comune (fr. 1, 3 D. 10, 3).

578. Fuori di questi casi vale il principio che « ex nudo pacto actio non nascitur »: che una mera convenzione non produce obbligazione, ma solo eccezione. Un patto diretto « ad minuendam obligationem » ha dunque la conseguenza di produrre una eccezione, che in un *iudicium b. f.* non ha neppur bisogno di essere esplicitamente inserita nella formula. Anzi se un tale patto è aggiunto *in continenti* al contratto principale, la dottrina prevalsa sulla fine del periodo classico ritiene che anche trattandosi di un negozio di stretto diritto, esso debba considerarsi come immanente nel contratto medesimo, che ne resta modificato (2). È disputatissimo se lo stesso effetto si avesse pe' contratti *stricti iudicii*, trattandosi di un patto interposto *ad augendam obligationem* (3), che invece in un contratto di buona fede valeva senza dubbio a modificazione del contratto stesso (4). Un simile patto intervenuto più tardi non ha valore, se non in quanto eventualmente possa dar luogo ad una eccezione (5).

579. Nel diritto nuovo la tendenza a munire di

(1) V. da una parte fr. 63 pr. D. *h. t.*, dall'altra fr. 16 D. 42, 1; Pernice, *Parerga*, I, p. 89.

(2) Fr. 4, § 3 D. 2, 14; fr. 40 D. 12, 1.

(3) Fr. 40 cit. Si ricordi però quanto si è detto sopra circa il *pactum de usuris* nel mutuo.

(4) Fr. 7, § 5 D. 2, 14.

(5) Fr. 72 pr. D. 18, 1.

azione semplici convenzioni si accentua: diventano produttori di obbligazione civile il patto dotale (1), il patto donatorio (2), nonchè qualche altra convenzione (3).

CAPO VIII.

Fonti delle obbligazioni

(*Continuazione*).

580. Anche da altri negozi giuridici che non sieno *contratti* nascono obbligazioni. Tralasciando quelli *mortis causa*, di cui v. nel libro seguente, diremo della pollicitazione, della *negotiorum gestio*, del pagamento d'indebito.

Incerto è se l'*obligatio voti* propriamente unilaterale sia da intendere anche nel senso civile (4): sembra più fondata l'opinione negativa (5). Invece

(1) c. 6 C. 5, 11.

(2) c. 35, § 5 C. 8, 53 (54); § 2 I. 2, 7. Questo *patto* è certo un contratto, come la *stipulazione donatoria*, sebbene Giustiniano nelle *Istituzioni* tratti della donazione fra' modi, con cui si acquista il dominio: v. Pernice, *Parerga*, III, p. 216 sg. L'Ascoli sostiene ora (*Donazione*, p. 39 sg.), che la donazione *fosse sempre* un contratto. Ma, prescindendo dalla grave questione se la donazione implichi sempre la necessità dell'assenso del donatario, certo è che essa non costituisce necessariamente un contratto obbligatorio, ossia un contratto nel senso romano.

(3) c. 5 C. 2, 55, ecc.

(4) Il *votum* è atto *unilaterale*: cfr. Pernice, *Sakralrecht* I, p. 1145 sg.; Ferrini, *Enc. giur. it.*, VI, I, p. 768 sg.

(5) Sul fr. 2 pr. D. 50, 12, spesso citato a favore del-

un vincolo, che si fa valere in via amministrativa, crea la *pollicitatio*, ossia la promessa unilaterale fatta a favore di una *civitas* per una giusta causa *(ob honorem decretum vel decernendum)*. Anche in mancanza di tale causa se il pollicitante ha dato principio ai lavori promessi è tenuto a condurli a termine (1).

581. La *negotiorum gestio* (2) consiste nell'assumere coll'*animus aliena negotia gerendi* senza mandato l' amministrazione di uno o più affari altrui. La dichiarazione di volontà è implicita nello stesso operato dello agente, che contiene pertanto uno o più negozi giuridici, secondo che i vari atti di gestione pendano o no da un' unica (e manifesta) risoluzione di lui (fr. 15 D. 3, 5): « non multa negotia sunt, sed unus contractus... si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit, alius contractus est ». La *neg. gestio* non ha solo effetti giuridici pel gestore, che è tenuto alla diligenza ed al rendiconto; ma anche pel gerito e non è nuovo che un atto giuri-

---

l'opinione affermativa (ad es. Windscheid, *Pand.*, II, § 304), cfr. Ferrini, *l. c.*, p. 769.

(1) Fr. 1, § 1. 2 D. 50, 12. Cfr. fr. 3 pr. *ib.* « pollicitatio... *solius offerentis promissum* ». Cfr. ad es. *C. I. L.*, XII, n. 697, p. 95; VIII, 1, n. 7990 (p. 689) e 7991; VIII, 2, n. 8469 (p. 726); n. 8466, 9696. Cfr. n. 1842, 2341, 2711, 4187, 4196, 4197, 4202, 5292, 6994, ecc.

(2) Wlassak, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*; Monroy, *Vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte*; Cogliolo, *Amministrazione degli affari altrui* (Firenze, 1890); Atzeri: varii studii riassunti nel più recente: *I requisiti essenziali della N. G.* (v. I, 1897); Pacchioni, *Gestione degli affari altrui* (1897). Su questo libro v. Ferrini, *Bull. dell' Ist. di d. r.*, VII, p. 85-116 e la replica di Pacchioni, *ibid.*, IX, p. 50-87.

dico esplichi conseguenze anche per chi non vi ha partecipato (1).

582. I requisiti della *negotiorum gestio* sono:

a) uno e più atti di gestione: come nel mandato, non si distingue se si tratti di affari giuridici o d'altra natura;

b) l'alienità del negozio gerito (2) la quale è obbiettiva, se la materia di esso è di pertinenza del patrimonio di persona diversa dal gestore; è subbiettivà, se l'affare è gerito a nome di tale persona (gestione rappresentativa);

c) l'*animus aliena negotia gerendi*, che consiste nella volontà di amministrare per un altro (3).

---

(1) Per lo svolgimento cfr. il mio citato scritto. L'opinione del Pacchioni è che l'obbligazione del gerente e quella del gerito abbiano un fondamento proprio ed indipendente. La prima sorge dal fatto della gestione come tale di un negozio alieno; la seconda presuppone che la gestione abbia avuto luogo coll'*animus aliena negotia gerendi* e il requisito dell'*utiliter coeptum*.

(2) Pacchioni, *Gestione*, p. 120 sg. cfr. *Il negotiom alienum* (Catania, 1890).

(3) La distinzione fra questa volontà di gerire e l'*animus aliena negotia gerendi*, quale statuisce il Pacchioni (da ultimo *Bull.* cit., IX, p. 69 sg.) non parmi nè necessaria nè fondata. L'importanza è tutta qui, che non è *gestor* chi ignora di gerire un affare altrui o che influisce indirettamente sull'altrui patrimonio, chi gerisce un affare proprio. Cfr. fr. 22, § 10 D. 17, 1; fr. 18 (19) § 2 D. 3, 5; fr. 5, § 5 *ib.* Il fr. 48 (49) *ib.* è sformato da un glossema (cfr. il fr. 23 D. 12, 1 dello stesso autore, Africano, e Ferrini, *Bull.* cit., p. 104 sg.). Interpolata è la fine del fr. 12, § 1 D. 20, 5; ma l'*actio utilis* dei compilatori non è l'*actio utilis negotiorum gestorum*, ma la solita *actio utilis*, che essi danno a colui, al quale è trasferita *ope iuris* una azione che formalmente spetta ad un terzo.

583. Il gestore è tenuto ad amministrare fedelmente (risponde della *culpa levis*) (1) ed a render conto della gestione: serve a ciò l'*a. neg. gestorum directa*. Il gerito deve indennizzare il gestore di tutte le spese e di tutti gli oneri assunti, purchè il negozio sia stato *utiliter coeptum*. Questo limite non appartiene evidentemente al concetto della *neg. gestio*; ma è un criterio nella valutazione dell'*id quod interest:* occorre anche nell'azione di tutela (fr. 1, § 6 e fr. 3 pr. D. 27, 4) e potrebbe occorrere nell'azione di mandato, se si tratta di un mandato generale. Inoltre se contro chi gerisce l'affare altrui *prohibente domino* è fondata l'azione diretta, non può ritenersi fondata in generale l'*a. contraria*, non essendo in tal caso l'interesse del gestore degno di tutela: v. fr. 7 (8), § 3 D. 3, 5; c. 24 C. 2, 18 (19), dove si risolvono antiche questioni e si pongono dei limiti (2).

584. Analoga all'*a. neg. gestorum contraria* e verosimilmente anteriore è l'*a. funeraria* data a colui che domanda il rimborso delle spese incontrate pe' funerali e la sepoltura di una salma, di cui avrebbe dovuto spettare ad altri la cura. Essa presuppone l'*animus* di compiere l'ufficio per altri (fr. 14 § 7 D. 11, 7) e l'assenza di mandato (*ib.* § 15): si regola secondo l'*utilitas gestionis* (*ib.*, §§ 5, 6), ma la considerazione della pubblica pietà non permette di tenere conto senz'altro della proibizione dell'erede (*ib.*, § 13). Il credito del funerante è privilegiato (fr. 17 pr. D. 42, 5).

Qui si può anche ricordare l'*a. in factum* data

---

(1) Fr. 10 (11) D. 3, 5.

(2) Scialoja, *Della negotiorum gestorum proh. dom.*, pagina 1 10.

contro il creditore *missus in possessionem*, che non ripartisca cogli altri i proventi percepiti o a lui contro gli altri per ottenere il rimborso delle spese fatte onestamente nel comune interesse (1).

585. La ripetizione di indebito può considerarsi insieme ad altre analoghe applicazioni della *condictio* come l'esplicazione di una obbligazione nascente da negozio giuridico e cioè il pagamento, che essa presuppone. Si potrebbe osservare che la vera genesi dell'obbligazione non è il *pagamento* come tale, ma l'ingiusto arricchimento che ne deriva; ma l'esposizione di Gajo (3, 91) conforta quel modo di considerare il rapporto, che è giustificato anche dalla inclusione del « mutuo » fra' contratti; mentre qui pure il fondamento sostanziale della *condictio* va, come s'è detto, cercato piuttosto nell'obbiettiva modificazione patrimoniale. A differenza del mutuo, l' indebito pagamento può avere ad oggetto anche cose non consumabili, nè fungibili; anche immobili (2). Il pagamento dicesi *indebito*, quando non esisteva l'obbligazione da estinguere: nè importa se l' obbligazione sia o no esistita per lo avanti, se possa o no esistere per l'avvenire. È quindi ripetibile, come sappiamo, *ante condicionis eventum* il pagamento operato di un'obbligazione condizionale.

Non importa neppure se il debito non esista affatto o « si per aliquam exceptionem perpetuam peti

(1) Fr. 9 § 4 D. 42, 5: cfr. Ferrini, *Bull.* cit., pag. 101 sgg.

(2) Nel diritto giustinianeo, in cui è ammessa la *condictio incerti*, può anche domandarsi che vengano trasferiti nuovamente crediti o altri diritti: nel diritto classico era solo possibile domandare l'oggetto del credito, che fosse un *certum*.

non potest » (*vat. fr.*, § 266). Al contrario è esclusa la ripetizione d'indebito se, pur mancando l'obbligazione civile, sussiste un'obbligazione naturale. Il debito può considerarsi inesistente anche quando il pagamento fu fatto a persona diversa dal creditore; giacchè di fronte a colui, che lo ha ricevuto, non c'era vincolo alcuno: ovvero quando sia stato fatto da persona diversa dal debitore (e non a nome di questo) per la medesima ragione (1).

586. L'indebito pagamento è ripetibile solo se fatto per errore (2): l'errore deve essere scusabile e verosimile (3): in generale non è reputato tale l'errore di diritto (4). Non è ammessa la ripetizione d'indebito nei casi in cui vi ha litiscrescenza (*actio legis aquiliae*, ecc.). Uno di tali casi era nel diritto pregiustinianeo quello del legato *per damnationem* avente ad oggetto una somma certa di denaro; nel diritto giustinianeo quello del legato o fedecommesso a favore di chiese o di opere pie: « quae si indebita solvantur, non repetuntur » (5).

---

(1) Cfr. fr. 65, § 9 D. 12, 6; fr. 44 *ib.*

(2) Fr. 53 D. 50, 17; fr. 50 D. 46, 3. Può esserci l'*actio negotiorum gestorum*, quando si è pagato scientemente un debito altrui, ma verso il debitore liberato.

(3) Fr. 3, § 1 D. 22, 6; fr. 6 pr. *ib.*

(4) È scusabile ne' minori e nelle donne (fr. 9 pr. *ib.*) e in altri casi eccezionali (fr. 9, § 3 cit.). Nel diritto giustinianeo si è più disposti a scusare l'errore di diritto (v. il fr. 7 *ib.* che fu a questo intento generalizzato. Cfr. Lenel, *Paling.*, I, Pap. n. 280 e il fr. 1 pr. D. 36, 4, la cui fine a me pare sicuramente interpolata non solo per la forma, ma anche per la *condictio satisdationis*).

(5) § 7 I. 3, 27; c. 4 C. 4, 5.

Circa la prova nella *condictio indebiti* Giustiniano ha introdotto qualche variante al comune trattamento

587. Le fonti ci dicono che la *condictio indebiti* è *naturalis:* comprende non solo la cosa indebitamente pagata, ma anche le accessioni ed i frutti percetti dall'accipiente (1). Questo è possibile quando si ripete una *res certa;* la *condemnatio* che qui è incerta (*quanti ea res erit*), nonostante la certezza della *intentio,* permette di tener conto di tali incrementi (2). Delle spese e perdite fatte dall'accipiente non si poteva tener conto nel diritto classico (3). Nel diritto giustinianeo queste e altre difficoltà sono superate mercè l'ammissione dalla *condictio incerti,* a cui l'attore per maggiore sicurezza e comodità può appigliarsi.

588. Al caso in cui si è pagato un debito insussistente, si avvicina quello in cui taluno ha prestato *ob turpem causam:* ingiusta o turpe non per lui (che in tal caso sarebbe indegno di riguardo e di tutela giuridica), ma per l'accipiente (4). Non importa che la *causa turpis* siasi o no verificata; l'accipiente è

---

probatorio nel fr. 25 D. 22, 3, di cui sono generalmente riconosciute le interpolazioni; v. ad es. Longo, *Onere della prova nella condictio indebiti* (1887: estratto dal l'*Arch. giur.*).

(1) Fr. 15 pr. D. 12, 6.

(2) Se quindi l'oggetto ripetuto è una somma di denaro, non si può tener conto nè d'aumenti nè di diminuzioni, come nel mutuo: un diverso trattamento sarebbe incompatibile colla struttura dell'*actio certae pecuniae creditae* (Dernburg, *Pand.*, II, § 141, n. 28).

(3) L'opinione contraria è la prevalente: ma testi sicuri non si sono addotti. Cfr. Pfersche, *Bereicherungsklagen*, p. 15.

(4) Fr. 2 pr., § 1 D. 12, 5.

tenuto alla restituzione (1). Sulla *condictio ob causam datorum* si è già detto il necessario (2).

589. Come il diritto romano non conosce la figura generale di *contratto*, così neppure conosce quella generale di *delitto* (civile). Non sono *delitti civili* e non producono obbligo di riparazione se non quei fatti lesivi dei diritti altrui, che sono in modo particolare come tali considerati.

590. Il delitto civile può in diritto romano dar luogo ad una duplice obbligazione, diretta l'una al risarcimento del detrimento cagionato, l'altra alla pena privata. La differenza delle due obbligazioni è chiarissima nel *furto*, dove altro è il rimedio con cui si chiede la riparazione del danno patrimoniale (*rei vindicatio*, *condictio*), altro quello con cui si domanda a titolo di soddisfazione un'ammenda pecuniaria (*actio furti*). Ma ragioni storiche impedirono che i due concetti si mantenessero sempre debitamente distinti. L'origine delle azioni contro il delinquente è da cercare nell'antico istituto della vendetta privata, a cui succedono composizioni prima volontarie e poi legali (3). La composizione tende a

(1) Da non confondersi è la *condictio ob iniustam causam*, che mira ad estorcere l'arricchimento percepito a spese altrui con atti contrarii al diritto. Così si possono *condicere fructus* al possessore di mala fede: v. *supra*. Un caso particolare è la *condictio furtiva*.

(2) V'hanno anche *condictiones sine causa* per rimuovere l'arricchimento che si trova presso alcuno (senza causa che lo giustifichi) a spese altrui. Ma il principio « nemini licere cum aliena iactura fieri locupletiorem » non è neppure nel diritto giustinianeo (che ha notevolmente esteso l'ambito di questo rimedio) da accogliersi in senso assoluto: fr. 33 D. 12, 6, ecc.

(3) Il transito dall'una all'altra specie di composizioni

riparare il delitto commesso, sia col risarcire il danno recato, sia col compensare l'onta e l'offesa: in tale funzione essa succede ai donativi, con cui l'offensore cercava un tempo di placare l'ira dell'offeso o della sua famiglia per evitare la sua vendetta. Come la composizione ha un carattere ambiguo, così anche l'ammenda pecuniaria che si domanda con varie azioni *ex delicto*. Tale carattere determina delle regole, che a noi paiono singolari, ad es. che l'*actio ex delicto* non passa contro gli eredi del delinquente (si fece più tardi una eccezione pel caso e nei limiti dell'arricchimento loro pervenuto) (1) e in certi casi neppure agli eredi dell'offeso. E così si comprende la distinzione di azioni *mere poenales* e *mixtae* di fronte a quelle repersecutorie.

591. Manca, come si diceva, la nozione generale del *delitto* ed anche alcune figure più comprensive, che si pretendevano atte a colmare in gran parte la lacuna (*a. doli, a. iniuriarum*), non avevano, specialmente nel diritto pregiustinianeo, tutta l'ampiezza che suppongono molti scrittori. Non è esatto quello che s'insegna che « per diritto romano ciascuno deve risarcire i danni recati col proprio dolo » (2); poichè

è ancora visibile nelle XII tavole, per cui la composizione è obbligatoria pel furto non manifesto e per le minori offese all'integrità personale; è facoltativa pel furto manifesto e la *membri ruptio*.

(1) Fr. 38 D. 50, 17; fr. 11 D. 42, 8. Il Pernice stima che non sia l'*actio ex delicto* (ridotta), che si dà contro gli eredi, ma una *condictio ob iniustam causam* (*Labeo*, II, 1, p. 201). A me non pare inverosimile tale opinione; si dovrà pensare ad una *condemnatio cum taxatione*. Talora devesi pensare ad un'*actio in factum:* cfr. fr. 29 D. 4, 3.

(2) Windscheid, *Pand.*, II, p. 623.

« dolus » ha senso tecnico e ristretto, quand si parla di azione di dolo, e significa, secondo la definizione di Labeone accolta da Ulpiano (1), « omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam » (2); non basta all'uopo la mera intenzione di nuocere. L'azione di dolo è arbitraria e cioè il convenuto può sfuggire la condanna (infamante), se risarcisce il danno ad arbitrio del giudice (3); è *in simplum* e cioè la condanna comprende la solo riparazione del pregiudizio arrecato; è *sussidiaria* e cioè non può intentarsi, quando l'offeso abbia un altro rimedio giuridico per ottenere la sua riparazione (4). La durata dell'azione era di un anno; nel diritto nuovo è estesa a due anni (5).

592. Anche il delitto di *iniuria* fu dai moderni interpreti inteso in senso troppo largo. È vero che *iniuria* può significare *omne quod non iure fit;* ma non è vero che il delitto di ingiuria si possa trovare in ogni cosciente lesione dei diritti altrui (6). *Iniuria* in quanto costituisce il contenuto di uno speciale delitto è sinonimo di *contumelia* (7) e per essa non

---

(1) Fr. 1, § 2 D. 4, 3.

(2) V. Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 204 sgg., 210 sg., dove si dimostra come questo concetto si mantenga negli esempii dati nelle fonti.

(3) Fr. 18 pr. D. *ib.*

(4) Fr. 1, § 1 *ib.*: fr. 1, § 4 *ib.* Circa il fr. 14, § 13 D. 4, 2 cfr. Ferrini, *Digesto ital.*, IX, 1, p. 747.

(5) C. 8 C. 2, 20 (21).

(6) Cfr. Ihering, *Gesamm. Abh.*, III, p. 233 sg.; Windscheid, *Pand.*, II, p. 700.

(7) Contro i citati autori ed il Landsberg v. il Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 21 sgg

basta l'intenzione di offendere se manca un idoneo elemento oggettivo. Tale elemento era tassativamente determinato nelle XII tavole (VIII, 1-4), dove si contempla il *carmen famosum*, la *membri ruptio*, e la *ossis fractio*, nonchè le minori percosse indicate colla parola *iniuria*. Più largo è l' editto del pretore, che introdusse un'*actio aestimatoria* (1), indicando in modo particolare il *convicium* e le offese al pudore e in generale « quod infamandi causa fit ». Quest'ultima clausola si riferisce sempre a fatti, che possono compromettere l'offeso nella pubblica estimazione, come è chiaro anche per gli esempi che si adducono nelle fonti (2). La legge Cornelia *de iniuriis* determina alcune figure più gravi (libello famoso, percosse e ferite, violazione di domicilio) probabilmente per costituire un delitto pubblico, qualora l'offeso non preferisca l'azione privata (3). Negli ultimi tempi dell' impero la scelta fra l'azione criminale *extra ordinem* e quella privata è generalmente concessa. Di altre particolarità dell'*a. iniuriarum* abbiamo già avuto occasione di occuparci.

593. Notevole comprensione ha, specialmente in seguito ai risultati del lavoro giurisprudenziale, la figura del *damnum iniuria datum*. Un plebiscito di incerta data, la *lex aquilia*, completando dispo-

---

(1) L'attore proponeva la somma che il convenuto doveva pagare; essa non poteva venire superata, bensì ridotta dal giudice. Nell'*iniuria atrox* (qualificata per circostanze di luogo, di tempo, di persona, di mezzo) il magistrato fissava indirettamente l'estimazione (nel determinare il vadimonio) e in tal caso il giudice non soleva ridurre l'estimazione stessa: Gai., 4, 184.

(2) Pernice, *l. c.* Cfr. Ferrini, *o. c.*, p. 752.

(3) Pernice, *l. c.*, p. 24.

sizioni anteriori, ha stabilito un'azione di risarcimento (semplice *adversus confitentem*; « in duplum » *adversus infitiantem*) contro colui, che avesse ucciso il servo o il quadrupede altrui o in genere avesse distrutto o guastato la cosa altrui. (1). Il danno si stima in base al valore massimo che la cosa ha avuto nell'anno antecedente al danneggiamento nel primo caso, nel mese antecedente nel secondo.

594. Le condizioni per l'applicazione della legge aquilia (2) sono:

a) un'azione positiva che abbia recato danno: non basta all'uopo una semplice omissione (fr. 13, § 2 D. 7, 1). Però si considera come *positivo* il contegno di colui che avendo intrapreso un'operazione non prende le necessarie cautele per impedire il danno che ne può derivare (3).

b) Un'azione antigiuridica (*damnum iniuria da-*

(1 Un'altra disposizione contro l'*adstipulator* che avesse accettilato a danno del creditore andò poi in desuetudine (Gai., 3, 215 seg.).

(2) Pernice, *Lehre von den Sachbeschädigungen* (1867); Grueber, *the roman law of damage to property* (1886); Pampaloni, *Osservazioni esegetiche ad l. Aq.* (1883); Longo, *Studii sulla legge Aq.* (1887); Ferrini, *Postille esegetiche* ne' Rend. Ist. Lomb. 1886; *La legittimazione attiva nell'actio l. Aq.* 1891 (dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*); *Digesto ital.*, cit., p. 753 sgg..

(3) Fr. 28; fr. 30, § 3; fr. 31 D. 9, 2 (Ferrini, *o. c.*, p. 757): V. *ibid.* sul fr. 57 (60) D. 19, 2. Se colui, che ha posto l'atto, donde può derivare il nocumento, dia ad altri l'incarico di sorvegliarne le conseguenze, quest'ultimo si pone nella condizione giuridica di chi ha operato e risponderà pertanto delle non impedite conseguenze dannose (fr. 27, § 9 D. 9, 2; cfr. *Coll.* 12, 7 e Ferrini, *l. c.*, § 57 *in fine*).

tum), per cui non è tenuto chi ha agito esercitando un diritto proprio (fr. 2, § 20 D. 47, 8) o ha distrutto o guastato la cosa di chi lo ha permesso (fr. 7 § 4 D. 9. 2) o ha operato per necessaria difesa (uccidendo ad es. il servo altrui che lo aggrediva: fr. 4; fr. 45, § 4 D. 9, 2; cfr. fr. 1 § 7 D. 43, 14) o per necessità (fr. 29, § 3 e fr. 49 § 1 D. 9, 2; fr. 14 pr. D. 19, 5).

c) Un elemento soggettivo consistente almeno nella *culpa*. Ad eccezione degli altri delitti privati, l'aquiliano non esige il dolo e neppure una negligenza cospicua: « in lege aquilia et levissima culpa venit » (fr. 44 pr. D. 9, 2). Quelle azioni pertanto che hanno recato danno alla cosa altrui, perchè il loro autore non ha osservato la diligenza, che un uomo ordinario suole adibire, risponde del danno medesimo (1). La misura di tale diligenza non è naturalmente sempre la stessa; dipende dalla natura dell'operazione, dalla gravità del pericolo, dalle altre circostanze (2).

d) Un danno recato alla cosa altrui. La nozione di questo danno è molto limitata: dal testo della legge risulta contemplato solo un « damnum corpore corpori datum ». Però la giurisprudenza allargò molto l'ambito originario del delitto aquiliano: per via di *actiones utiles* (*in factum*) (3) si arrivò a reprimere un danno non dato *corpore* (ad es. se io porgo il veleno allo schiavo altrui, che spontaneamente lo

(1) Cfr. decisioni concrete in fr. 11 pr e fr. 31 D. *h. t.*: v. Ferrini, *l. c.*, p. 759.

(2) Fr. 54, § 2 D. 41, 1; fr. 9, § 4 D. 9, 2; fr. 7, § 4 e 52, § 4 *ibid.*

(3) In § 16 I. 4, 3 si distingue affatto il compito dell'*actio utilis* da quello dell'*actio in factum*: ma v. Lenel, *Ed. perp.*, p. 160 sgg.

trangugia od aizzo un cane contro di lui) o anche non dato *corpori* (io getto la moneta altrui in fondo al mare o in altro luogo inaccessibile o faccio fuggire l'animale altrui). Sempre però deve trattarsi di danno risultante dalla distruzione, dal guasto o dalla perdita di una cosa materiale. Il più ardito passo è quello fatto dalla tarda giurisprudenza classica di accordare un'*a. utilis* per le ferite recate ad un *liberum corpus:* fr. 13 D. 9, 2 (cfr. fr. 5. § 3. 6, 7). non nel senso di valutare la cicatrice o la deformità (che in un *liberum corpus* non sono suscettibili di estimazione); ma nel senso che si debba tener conto del detrimento patrimoniale derivatone all'offeso.

595. L'azione *legis Aquiliae* spetta al proprietario della cosa (1); però sotto l'impero azioni *in factum* « ad exemplum legis Aquiliae » si vengono concedendo al possessore di buona fede, al creditore pignoratizio, all'usufruttuario e all'usuario (2). Nel diritto classico l'azione non è mai data a chi vanta una semplice ragione di credito o a chi detiene e gode la cosa in base ad un mero rapporto obbligatorio (3). È dubbio se al colono l'azione sia stata utilmente estesa nel diritto giustinianeo (4).

596. Se colui che distrugge o guasta la cosa altrui (5) sta col domino di essa e rispetto alla medesima in un rapporto obbligatorio, possono concorrere le

---

(1) Ferrini, *Legittimazione attiva*, cit

(2) Fr. 30, § 1 D. 9, 2, ecc.

(3) § 9 I. 4, 3; fr. 18, § 5 D. 4, 3; fr. 13, § 12 D. 19. 5.

(4) Il fr. 27, § 14 D. 9, 2 è interpolato (cfr. Pampaloni, *Bull. dell'Istituto*, III, fasc. 5-6); ma forse anche pel diritto giustinianeo il passo può interpretarsi in modo diverso: Ferrini, *Legitt.*, § 11.

(5) Ferrini, *Dig. ital.*, *l. c.*, §§ 65 sgg. (760 sgg.).

due responsabilità e le due azioni. Del resto i danni recati per *culpa in omittendo* resteranno perseguibili colla sola azione scendente dal contratto o dal negozio giuridico, che ha costituito quel rapporto obbligatorio; viceversa questa non sarà idonea per que' danni che furono recati con azione positiva non accompagnata dal grado di colpa sufficiente per la lesione del rapporto stesso. Il rapporto obbligatorio persistente fra le parti può inoltre avere influenza sulla responsabilità aquiliana in quanto che può per forza di questo venire permesso ad una parte di agire sulla cosa in modo che altrimenti sarebbe illecito o può venire una parte esonerata da certe cautele e provvedimenti (1).

597. Il furto si ha colla « contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia » (2). La *contrectatio* è definita dai giuristi bizantini come « il contegno di colui che si comporta come padrone circa la cosa » (3): anzitutto quindi il prendere possesso della cosa e poi l'esercizio del possesso acquisito. Nella sua più antica figura il furto consiste nella *amozione, ablazione* della cosa, per cui il trapasso del possesso risulta evidente (4). Tale concezione andò però allargandosi col progredire della teoria del possesso. Si riconobbe che il detentore poteva convertire in possesso la propria detenzione (*intervertere possessionem*) sia con un'azione sulla cosa, come tuttavia esigevano i

---

(1) Ferrini, *o. c.*, § 65 e ivi molti esempii.

(2) Fr. 1, § 3 D. 47, 2; § 1 I. 4, 1; Gai., 3, 195; Paul., *Sent.*, 2, 31, § 1.

(3) *Parafr. delle Istit.*, IV, 1, § 3.

(4) Ferrini, *Sulla teoria del delitto di furto in d. r.*, 1891 (dall' *Arch. Giur.*, XLVII, 4-5): capo I. V. ivi i copiosi testi citati.

sabiniani, sia con una documentazione qualsiasi della mutata volontà, come bastava ai proculiani, di cui dobbiamo considerare l' opinione come prevalente nel diritto giustinianeo (1). Questa possibilità di un furto consumato senza *amozione della cosa* condusse anzi la giurisprudenza ad ammettere anche un furto degli immobili; tale opinione fu però presto abbandonata (2). Il furto commesso in tale maniera si chiamò *furtum possessionis* (3) ed è così contrapposto da Paolo al *furtum rei* che, secondo l'etimologia, significa « asportazione della cosa » (4). Insieme al *furtum possessionis* Paolo contrappone al *furtum rei* un'altra specie di furto, che pure si compie senza ablazione della cosa e cioè il *furtum usus*, che si commette da colui che già detenendo la cosa per volere del domino ne usa oltre i limiti delle sue facoltà e contro la conosciuta volontà del domino stesso: « quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit » (5). Il *furtum rei* può essere *manifesto* o *non manifesto* (secondo un' antichissima distinzione, consacrata anche nelle

---

(1) V. *supra* nel trattato del possesso. Sulle cose dette nel testo cfr. Ferrini, *l. c.*, p. 17 sgg.; fr. 47 D. 41, 2 (fr. 9, § 9 D. 12, 1); fr. 3, § 18 D. 41, 2; fr. 67 pr. Digesto 47, 2.

(2) Gellio, 11, 8; Gai., 2, 51.

(3) Fr. 20 D. 41, 2; fr. 67 pr. D. 47, 2: Gell., 11, 18, § 12. *Parafr. delle Ist.*, IV, 1, § 1; Ferrini, *l. c.* pagina 15 sgg.

(4) Fr. 1, § 3 D. 47, 2. Sulla critica delle varie opinioni diverse v. *ibid.* p. 13 sgg. Altra teoria svolge il Pampaloni, *Studii sul delitto di furto*, vol. I, p. 115 sg.

(5) Gell., 6 (7), 15, § 2; *Parafr. delle Ist.*, l. c.

XII tavole, determinata da ragioni storiche): manifesto è il ladro colto *in flagranti*. La maggiore delimitazione di questo requisito era fra' giuristi classici controversa: Giustiniano ha accolto l'opinione, che fosse *manifesto* il ladro che fosse colto colla cosa prima che l'avesse portata al luogo destinato (1). La pena pel furto manifesto consiste nel pagamento di una somma equivalente al quadruplo del valore della cosa rubata; pel non manifesto la somma da pagare è del doppio (2).

598. L'*a. furti* in origine fu probabilmente accordata al solo domino; ma nel diritto classico è indubitato che essa compete « ei... cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit »: Gai., 3, 203. Anzi essa fu accordata perfino contro il domino, che avesse sottratto la cosa a chi aveva su di essa un diritto reale o almeno un diritto di ritenzione (*ib.* § 204).

599. Il furto è un delitto permanente secondo la dottrina romana; vale a dire la fase di consumazione perdura anche dopo che il ladro ha appreso il

---

(1) Gai., 3, 184; § 3 I. 4, 1.

(2) Pel diritto classico il doppio o il quadruplo vanno riferiti al valore assoluto della cosa (*verum rei pretium*): fr. 50 pr. D. 47, 2, a meno che si tratti di cose che nell'uso comune si stimano solo per il loro valore relativo (documenti): fr. 27 pr. § 1, 2; fr. 32 pr. D. 47, 2, ecc. Nel diritto giustinianeo, essendo stati riferiti all'*actio furti* testi che originariamente si riferivano alla *condictio* (fr. 52, § 12; fr. 67, § 1 D. 47, 2: sulla condanna nella *condictio triticaria* v. *supra*) ed altri interpolati (fr. 81, § 1 *ib.*), è da ritenere che a base del computo si ponesse il valore relativo della cosa: v. Pampaloni, *Studi*, cit., vol. I, pag. 121 sg.

possesso per tutto il tempo, in cui lo esercita (1): da ciò deriva ad es. che tanto ai fini della *condictio*, quanto a quelli dell'*a. furti* la cosa si calcola secondo lo stato migliore che ha raggiunto nelle mani del ladro; che se il ladro specifica, è furtiva anche la nuova specie: che se il ladro vende a chi è conscio della condizione della cosa coinvolge costui come coautore in una nuova contrattazione furtiva, ecc.

600. L'editto pretorio contempla come figure speciali la rapina ossia la violenta ablazione e il danno recato da bande o con uso di armi. L'azione è diretta al quadruplo del valore delle cose rapite o distrutte o dell'estimazione del danno recato, ma non dura che un anno e poi non è data che *in simplum*. Nel diritto giustinianeo si ammette che il quadruplo non sia mera pena, ma coinvolge anche il risarcimento, che pertanto non si può più domandare con rimedio particolare (2).

601. Nel caso di delitti dei *filii familias* secondo il diritto pregiustinianeo e di delitti dei servi anche pel diritto giustinianeo (3) il *paterfamilias* è responsabile verso i terzi. Storicamente questo si spiega risalendo al tempo in cui era ammessa la vendetta privata; il sovrano domestico doveva consegnare l'offensore alla comunità o famiglia offesa a meno che ottenesse di riscattarlo con un compenso pecu-

---

(1) Ferrini, *Sulla teoria del furto*, capo II; Pampaloni, *l. c.*, vol. I, p. 99-107; Ferrini, *Diritto penale romano* (Hoepli 1898), p. 66 sgg.

(2) Inst. 4, 2; fr. 2, 10, 23 D. 47, 8 In origine l'azione era *mere poenalis*: poi si ebbero controversie in proposito. Nei Digesti alcuni passi sono interpolati.

(3) § 7 I. 4, 8. La riforma giustinianea si spiega anche col mutato regime patrimoniale dei *filii familias*.

niario. Anche nel diritto successivo il *paterfamilias* deve « noxae dare aut noxiam sarcire », ma da una parte la *noxae datio* non ha più la conseguenza di rendere possibile l' esperimento della vendetta (1), dall'altra essa non si configura più come l'obbligo più grave, ma come un temperamento di quello di risarcire il danno, specialmente trattandosi di servi: « namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis dannosam esse » (2).

602. Appunto per questo il *paterfamilias* deve risarcire il danno integrale e non può liberarsi colla *noxae deditio*, se ha avuto notizia del commesso delitto e, potendo, non l'ha impedito: fr. 2 sq. D. 9, 4.

Sappiamo che *noxa caput sequitur* e già abbiamo spiegato il significato di questo principio. Non è tenuto alla *noxae datio* chi non ha nelle mani il colpevole al tempo della contestazione di lite; occorre dunque un elemento di fatto ed uno di diritto (3). Colla morte del colpevole si estingueva la persecu-

---

(1) Da ciò il principio che quando il *filiusfamilias noxae deditus* avesse col suo lavoro compensato il danno arrecato poteva esigere (in via straordinaria) di essere liberato dalla condizione di *mancipium* (Pap. in *Coll.*, 2, 3, § 1). Singolare è l'applicazione che di tal principio fa Giustiniano (§ 3 I. cit.) ai servi.

(2) Gai., 4, 75. Però, siccome colla possibilità di consegnare il *caput* vien meno qualunque obbligazione, rimane vero che fino alla *contestatio litis* si ha una *facultas alternativa* di pagare il prezzo, essendo *in obligatione* solo la *noxae datio*. Dopo la contestazione abbiamo invece una vera obligazione alternativa: cfr. Girard, *Nouvelle revue hist. de droit*, 1888, p. 48.

(3) Pel delitto aquiliano cfr. tuttavia il fr. 27, § 3 D. 9, 2. La decisione è probabilmente da riferirsi alla speciale locuzione della legge.

zione; però se la morte fosse avvenuta dopo la contestazione di lite, il convenuto poteva essere obbligato a cedere le azioni relative (se la morte stessa fosse cagionata da delitto) ovvero anche a lasciare il cadavere all'offeso (1). Nel diritto giustinianeo quest'ultimo punto non è più mantenuto.

---

(1) Questo è messo fuor di dubbio dal commentario del palinsesto di Autun § 82.

LIBRO IV.

DIRITTO EREDITARIO

E

DOTTRINA DELLA DONAZIONE

CAPO I.

Concetti fondamentali del diritto ereditario.

603. La successione universale, per cui mediante un fatto unico un soggetto subentra in tutto il patrimonio di un altro, si opera per diritto romano tanto *inter vivos*, quanto *mortis causa*. Una siffatta successione aveva luogo nel caso di *adrogatio* o di *conventio in manum:* l'arrogante o il *coemptionator* acquistavano insieme al potere sulla persona tutti i diritti che esistevano nel suo patrimonio, fatta eccezione di quelli che perivano per la *capitis deminutio* (1). Parimenti si avverava tale successione, quando una persona libera cadeva nella servitù di un'altra (2). È però da avvertire che in questa ipotesi per diritto civile, non trapassavano i debiti (tranne quelli pertinenti ad una eredità già acquisita da colui, che veniva a cadere nell'altrui potere)(3); ma

---

(1) Gai., 3, 83; cfr. pr. I. 3, 10.
(2) Cfr. ad es. § 1 I. 3, 12.
(3) Gai., 3,84.

il pretore concedeva contro l'arrogato o la *conventio in manum* azioni utili (in cui si fingeva non avvenuta la *capitis deminutio*) o immetteva i creditori nel possesso dei beni che appartenevano a colui, che era caduto in schiavitù, se il padrone non soddisfacesse integralmente i debiti. Nel diritto giustinianeo la *conventio in manum* è affatto sparita; l'arrogazione, come vedremo nel libro successivo, ha effetti molto più limitati: rimane di queste successioni universali solo quella risultante dal passaggio di una persona nell'altrui servitù ed anche di questo passaggio si sono venute diminuendo le cause, come sappiamo. Il pretore aveva, mercè azioni utili, costituito in condizione di successore universale il *bonorum emptor* (1): anche questa figura è sparita nel diritto giustinianeo.

Altre successioni universali *inter vivos* non abbiamo e segnatamente non dipende dalla volontà delle parti il produrre un simile effetto. Se quindi taluno vuol trasmettere ad altri tutti i suoi beni (per vendita, donazione, costituzione di dote), deve alienare ad uno ad uno i singoli diritti nelle forme proprie pel trapasso di ciascuno di essi.

604. Grande importanza ha la successione universale *mortis causa*, ossia la successione ereditaria (2). Questa (3) consiste nell'acquisto di un titolo personale (che deriva o dalla designazione del defunto o, in sua mancanza, da un determinato rapporto con esso), da cui dipende l'acquisto complessivo (4) dei

---

(1) Gai., 3, 80, 81; pr. I. 3, 12.

(2) Circa alla *bonorum possessio* ed al fedecommesso universale v. avanti.

(3) Cfr. Bonfante, *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, VII, p. 182.

(4) Il patrimonio come unità si chiama *as* o si suddi-

diritti positivi e negativi che costituivano il patrimonio del defunto, salvo che, rispetto ai primi, costui non ne avesse disposto a favore di determinate persone e, rispetto ad entrambi, che non siano tali da estinguersi colla morte del titolare.

605. Molto controversa è la natura originaria dell'eredità romana. L'opiniome del Bonfante (1) che questa ne' primordii fosse anzitutto trasmissione della sovranità sul gruppo agnatizio (e solo di conseguenza trasmissione del patrimonio) spiega molto bene il carattere generale di essa, varie regole che sopravvivono anche nel diritto classico e giustinianeo (2),

---

vide in dodici oncie (*uncia*, *sextans*, *quadrans*, *triens*, *quincunx*, *semis*, *septunx*, *bes*, *dodrans*, *dextunx*, *deunx*). Ma il patrimonio può nella successione testamentaria immaginarsi diviso in 24, 36 oncie, ecc. (*dupondium*, *tripondium*, ecc.). Sulle applicazioni v. avanti.

(1) La questione non può essere trattata di proposito in questo luogo. L'idea messa avanti dal Bonfante ottenne l'assenso dallo Scialoja (cfr. *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, II, p. 176); il Bonfante l'ha ripresa ed illustrata in diversi lavori (*Res mancipi*, II, p. 320 sg. *Bull.* cit., III, p. 97 sgg., VII, p. 132 sg. *Istituzioni*, p. 372 sgg.). Nel *Bull.*, VII cit. sono arrecate anche le opinioni in proposito di varii romanisti. Da ultimo vedi ancora il Bonfante, *Diritto romano*, p. 438 seg. Anche il Fadda nelle sue *Lezioni sul diritto ereditario romano*, vol. I (1900), p. 27 seg. accetta tale dottrina.

(2) L'*hereditas* anticamente non esplicava solo effetti patrimoniali, ma coinvolgeva i *sacra*. L'incompatibilità delle successioni testamentaria e legittima, il diritto di ascrescimento, l'intrasmissibilità della delazione, l'universalità del titolo di erede, la possibilità di questo anche dove il patrimonio è nullo e viceversa la sua *necessità* perchè si abbiano i relativi effetti (donde l'antitesi fra *heres* e *legatarius partiarius*), ecc. si spiegano bene coll'accennata

nonchè il confronto colle successioni universali *inter vivos*, che, come abbiamo veduto, si accompagnano ad un acquisto di sovranità domestica. L'ipotesi pare degna di essere accolta, quantunque non restino eliminate tutte le difficoltà (1).

---

ipotesi. Anche il trattamento di più coeredi molto simile a quello di più colleghi in una magistratura pare a me che venga in aiuto di essa.

(1) Anzi rimangono per me non poche e gravi. Nel diritto storico non rimane alcun nesso fra l'eredità e la potestà famigliare; troviamo ammesse le donne alla successione ereditaria senza accenno ad una primitiva esclusione, mentre è costante che le donne sieno escluse da qualunque esercizio di sovranità politica o domestica (salvo che dalla *dominica potestas*); troviamo che nelle successioni *intra vivos*, che realmente dipendono dall'acquisto di un potere domestico, il successore acquista bensì la proprietà, i diritti reali e i crediti, ma non subentra nei debiti del soggetto, a meno che — e questo è significantissimo — tali debiti il soggetto avesse assunto a titolo ereditario, giacchè in tal caso passano al successore insieme alla qualità di *heres*. Non è lecito pensare che in tali successioni fosse ammesso in origine e negato poi il trapasso dei debiti, mentre anzi è evidente lo sforzo di renderlo possibile. La spiegazione data dal Bonfante, che cioè non possa chi acquista il potere costringersi a rispondere degli obblighi dell'assoggettato, non soddisfa del tutto, poichè qui si tratta di ciò che chi assume un potere sulla persona e sul patrimonio o ne esercita i crediti o i diritti dovrebbe per evidente analogia e correlazione col diritto ereditario (ove si trattasse dello stesso fenomeno sostanziale) riconoscerne gli obblighi. L'antichissima chiamata pari di tutti i *sui* e anzi la probabile esclusione del testamento (ossia della designazione) in questa ipotesi offre un altro e non lieve ostacolo. E potrei continuare. Il fatto che l'erede rispetto alla buona

La successione si devolve per testamento o per legge: ma *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (1): dei due modi è preferito il primo, uso che determina, come vedremo, conseguenze importanti (2). Niuno diventa erede senza saperlo e volerlo (*heres voluntarius*), a meno che si tratti dei discendenti *in potestate*, che diventano *sui iuris* colla morte del *paterfamilias*, della cui successione si tratta, *heredes sui et necessarii* (3), o di servi del *paterfamilias* manomessi nel testamento e istituiti eredi (*heredes necessarii*). L'atto con cui l'erede volontario accetta la successione dicesi *aditio hereditatis* e fino a questo punto l'eredità è considerata *giacente*, ossia senza un soggetto *attuale*, che la sostenga.

606. Un importantissimo complemento al sistema successorio romano è stato arrecato dal pretore coll'istituto della *bonorum possessio*. Il pretore non può costituire alcuno erede; può però di fatto concedere il possesso dei beni, negare l'azione a chi sarebbe

---

o mala fede si trova collocato nella stessa posizione del defunto, non riceve alcuna luce dalla ipotesi indicata nel testo e potrebbe anzi far supporre un altro fondamento non meno profondo.

(1) § 5 I. 2, 14.

(2) Già le XII Tavole parlano della successione legittima (salvo che pei *sui heredes*) subordinatamente all'ipotesi che non vi sia testamento (V, 4).

(3) Questo è forse un residuo di un concetto vetusto di comproprietà famigliare: « domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur »; Gai., 2, 157; fr. 11 D. 28, 2. Dal passo citato delle XII Tavole deducono alcuni, che il *paterfamilias* non potesse testare in presenza di *heredes sui ;* ma tale interpretazione forse non si concilia colla posizione che per la legge stessa ha il *paterfamilias* nel gruppo domestico.

erede per diritto civile, dare azioni utili pro o contro colui, il quale è stato da lui immesso nei beni stessi. In tal modo è praticamente raggiunto un effetto analogo a quello della concessione del titolo ereditario (1).

A tale resultato non si arriva che per gradi: in origine la *bonorum possessio* non è, come suona il nome, che il mero possesso accordato dal pretore (prima di volta in volta mediante decreto, poi, ne' casi precipui e di maggiore applicazione, una volta per sempre nell'Editto) a determinate persone, che possono raggiungerlo mercè l'*interdictum quorum bonorum*. Tale acquisto riesce definitivo, se chi lo ottiene è anche erede pel diritto civile, ovvero se non vi sono eredi per diritto civile; altrimenti non diventa definitivo che mercè l'*usucapio pro herede*, in quanto l'erede legittimo rimanga inattivo. Ma in diversi tempi per le diverse *bonorum possessiones* fu dato al *bonorum possessor* di respingere con una eccezione la *hereditatis petitio* dell'erede civile e così viene la *bonorum possessio* a costituire un vero sistema di successione pretoria, che si contrappone a quello civile, col quale può coincidere (non essendo vietato a chi è civilmente erede di domandare la *bonorum possessio* — *bonorum possessio iuris civilis adiuvandi gratia*) ovvero al quale può arrecare supplemento (*iuris civilis supplendi gratia*) o correzione (*iuris civilis corrigendi gratia*). La *bonorum possessio* deve domandarsi

---

(1) Leist, *Glück's Fortsetzung*, II: Serie der Bücher, 37-38; vol. I-III. Cfr. Schmidt nella *Ztschr. der S. S.*, R. A., XVII, p. 324 sgg.; Vangerow, *Pand.*, II, § 398; Dernburg, *Pand.*, III, § 63. Ivi si trovano discusse le varie opinioni circa le origini e le prime applicazioni della *bonorum possessio*.

entro un certo termine, passato il quale essa viene deferita al grado od alla classe successiva (*edictum successorium*).

La stessa persona può essere chiamata in diverse classi successive alla *bonorum possessio*. Ad es. il figlio del defunto, che trascuri di chiedere in termine utile la *bonorum possessio unde liberi* (v. § 667), può chiederla *unde legitimi* e anche, ove pur questa abbia trascurato, *unde cognati:* giacchè egli è discendente, è agnato e perciò stesso anche cognato del *de cuius*. Si avverte però che la posizione non è sempre la medesima in tutte le classi. Il figlio del figlio che trascuri di chiedere la *bonorum possessio unde liberi* (rispetto alla quale era chiamato insieme agli zii) si vedrà passare avanti costoro come più prossimi di grado nelle *bonorum possessiones unde legitimi* od *unde cognati*. Il fratello consanguineo, che solo avrebbe ottenuto la *bonorum possessio unde legitimi*, concorre col fratello uterino a lui uguale in grado nella *bonorum possessio unde cognati*.

Di alcune *bonorum possessiones* provvisorie diremo più avanti. Esse di regola non sono concesse su una semplice domanda in base all'Editto (con riserva di qualsiasi diritto dei terzi); ma con decreto emanato in base a precedente esame del caso (*bonorum possessio decretalis*).

607. Il diritto imperiale modificò notevolmente l'ordine delle successioni intestate; riconobbe il fedecommesso universale, con cui si arriva ad una successione indiretta; riconobbe il codicillo, per cui fu possibile combinare la successione legittima col fedecommesso universale o con disposizioni particolari *mortis causa*. Il diritto giustinianeo andò oltre nelle riforme; ordinò con criterii fondamentali nuovi le successioni legittime; avvicinò viemmeglio le succes-

sioni fedecommissarie alle dirette e quasi assimilò le *bonorum possessiones* alle successioni civili.

608. Duplice è pertanto il modo, con cui taluno può essere invitato ad assumere una eredità (*delatio hereditatis*) (1): per testamento o per legge. Anche la *bonorum possessio* talora è data in base ad un testamento, talora in base ad uno speciale rapporto esistente fra il *possessor* ed il defunto. Tanto per diritto civile, quanto per diritto pretorio vi hanno dei casi, in cui l'eredità si deferisce a taluno, nonostante un contrario testamento (*successione necessaria*).

In tutte queste ipotesi sono presupposti indispensabili: la morte (2) di persona capace di avere un erede e la capacità di succedere in chi è chiamato. La capacità di avere un erede compete al cittadino romano che può essere titolare di un patrimonio (3). La capacità di succedere spetta al cittadino romano *sui iuris;* possono tuttavia essere chiamati per testamento servi o *filiifamilias* altrui, per mezzo dei quali la successione si acquista al rispettivo domino o *paterfamilias*. Nel diritto nuovo il *filiusfamilias* può anche succedere in proprio, come verrà largamente spiegato nel libro seguente.

I condannati a pena capitale non possono succedere in quanto vengono a trovarsi in condizione di servi o peregrini (4); nel diritto nuovo sono inoltre

---

(1) « Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi »: fr. 151 D. 50, 16.

(2) *hereditas vivi non datur*: fr. 27 D. 29, 2.

(3) Circa ai *filiisfamilias* (che per regola non possono avere eredi nel diritto classico) v. avanti.

(4) Fr. 2 pr., § 1 D. 34, 8; fr. 13 D. 37, 1; c. 1 C. 6, 24.

esclusi in genere dalle successioni apostati ed eretici (1), i figli dei *perduelles* (2); da alcune successioni la vedova che non ha rispettato il periodo del lutto (3) e coloro che hanno contratto un matrimonio incestuoso (4). Sulle norme particolari della capacità a succedere per testamento v. avanti.

Nella successione intestata occorre che i requisiti a succedere esistano al momento della delazione (morte del *de cuius*, epoca della destituzione del testamento) e continuino fino al momento dell'acquisto effettivo mercè l'adizione, ove questa sia richiesta: nella testamentaria occorre per di più che tali requisiti sussistano al momento, in cui viene fatto il testamento. Non importa invece che tali requisiti vengano meno dopo la confezione del testamento, purchè si riacquistino prima della delazione (morte del *de cuius*, adempimento della condizione).

Abbiamo già detto come le due delazioni siano incompatibili: *earum rerum naturaliter inter se pugna est* (5). Però sotto l'impero si fece una eccezione pei militari che potevano nel loro testamento istituire taluno erede per una quota, lasciando pel rimanente libero adito alla successione legittima (6). Non manca poi, come diremo, qualche caso, in cui la successione necessaria deroga parzialmente alla testamentaria. Se la regola si conservò immutata

---

(1) c. 65 C. Th. 16, 5 (c. 5 C. 1, 5); c. 4 C. Th. 16, 7 (c. 3 C. 1, 7); Nov. 115, 3, § 14 e 4, § 8 *ib.*

(2) c. 5 C. 9, 8 V. Matthaeus, *De crimin.*, ad XLVIII, 2; c. 3, § 12.

(3) c. 1, 2 C. 5, 9; Nov. 22 c. 23.

(4) c. 6 C. 5, 5.

(5) Fr. 7 D. 50, 17.

(6) Fr. 6 D. 29, 1; § 5 I. 2, 14.

nelle forme, sostanzialmente perdette gran parte del suo significato collo svolgersi del codicillo e dei fedecommessi universali.

609. La delazione è sempre personale; non si trasmette agli eredi del chiamato, che sia morto prima di avere accettato (1). Questo principio rigorosamente osservato nell'antico diritto riceve poi diversi temperamenti, sebbene formalmente continui ad essere esposto (2).

Nel diritto classico ove il delato abbia perduto il *ius delationis* (per trascorso di termini, ecc.) per una causa, che gli avrebbe dato diritto di chiedere la *restitutio in integrum*, si concede ai suoi eredi di valersi del *beneficium restitutionis* e di adire in seguito l' eredità (3). Sebbene in questo caso essi subentrino piuttosto nel beneficio della *restitutio*, che nel *ius delationis* (4), non può negarsi che essi adiscano una eredità che fu deferita al loro autore. Un tale beneficio non possono di regola (5) pretendere gli eredi se il delato è morto in un tempo, nel quale avrebbe tuttavia potuto adire. Più importanti di questa così detta *transmissio ex capite in integrum restitutionis* sono altri casi riconosciuti nel diritto nuovo. Secondo una costituzione di Teodosio II (6) se taluno istituito *heres ex parte* in un testamento da un ascendente moriva prima che il testamento fosse aperto, trasmetteva ai propri discendenti (eredi)

---

(1) Per gli eredi necessarii delazione ed acquisto coincidono.

(2) c. 1, § 5 C. 6, 51.

(3) Fr. 6 D. 4, 1; fr. 18 § 5, 24, § 2 D. 4, 4.

(4) Keller, *Pand.*, II, p. 469.

(5) V. però il fr. 86 pr. D. 29, 2.

(6) c. un. C. 6, 52.

il *ius delationis:* costoro potevano a loro arbitrio adire o repudiare. Nel diritto giustinianeo (1) la norma acquista maggiore applicazione, non distinguendosi più fra erede parziale ed erede totale (2).

L'ascendente che ha la patria potestà può, secondo una costituzione di Teodosio II e Valentiniano III (3) adire in nome dell'*infante* a lui soggetto una eredità deferita a costui; se egli ciò non ha ancora fatto e il discendente muore ancora infante, l'eredità si ritiene tuttavia come adita da lui in tal guisa ed acquisita *iure patris* (4). Qui non si tratta di una trasmissione ereditaria, perchè il *paterfamilias* non è erede, ma di un'esplicazione della patria potestà.

Finalmente Giustiniano ha ordinato che se il chiamato muore entro l'anno dalla notizia della delazione senza avere accettato o ripudiato, i suoi eredi possono entro il residuo dell'anno accettare o respingere : dopo l'anno non è ad essi più concesso di adire (5).

---

(1) *Ib.* e c. 1, § 5 C. 6, 51.

(2) La ragione sta in ciò, che nel diritto giustinianeo è venuta meno la causa della limitazione, che dipendeva dal divieto fatto dalla *lex Iulia et Papia Poppaea* all'*heres ex parte* di adire prima dell'apertura del testamento (c. 1, § 1 C. 6, 51).

(3) c. 18, § 1 C. 6, 30.

(4) « omnia ex quacumque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio quasi iam infanti quaesita capere ».

(5) Gli eredi avranno l'intero anno a loro disposizione se l'autore è morto senza conoscere la delegazione. Cfr. c. 19 C. 6, 30, Sull'interpretazione accolta nel testo v. Vangerow, *Arch. f. die civ. Pr.*, XXIV, p. 153 sgg.

CAPO II.

Successione testamentaria.

610. Parliamo della prima causa di delazione, ossia del testamento. Non è ufficio del presente trattato l'esame storico delle forme testamentarie. La più antica (1) è quella fatta davanti al popolo nei comizii all'uopo convocati prima dal re e quindi dal *rex sacrificulus* (da ultimo dal pontefice massimo) due volte l'anno. I moderni propendono a ritenere che il testamento avesse così, mediante il voto dei comizii, carattere legislativo e spiegano in tal modo la deroga alla successione legittima, la forma imperativa, gli effetti speciali, sovratutto in materia di legati (ad es. trasmissione della proprietà senza possesso), che non sono conformi alle ordinarie norme degli atti civili (2). Ma tale spiegazione non è senza difficoltà (3). Nata

---

(1) A me pare indubbio che l'ufficio del testamento sia sempre stato il medesimo: quello di designare il successore universale. Tale funzione riesce anche più chiara nella ipotesi del Bonfante. A mio avviso quindi non fanno retto uso della comparazione coloro che negano al testamento primitivo tale carattere (ad es. Cuq, *Nouv. Revue hist. de droit*, 1886, p. 533 sg.) ovvero che suppongono che l'intento si raggiungesse coll'artificio dell'adozione (cfr. dopo altri il Sohm, *Institutionen*, p. 432, 6 ed.).

(2) V. dopo l'Ihering e il Mommsen il Pernice ne' *Festgaben für Gneist*, p. 129.

(3) Il privato avrebbe potuto farsi *auctor legis?* Nella parafrasi delle *Istituzioni* (II. 10, § 1) è detto chiaro che il popolo non aveva altra funzione che quella di teste e

dopo, ma applicata parallelamente alla precedente, è la forma del testamento *in procinctu* (1). Grande oscurità regna circa le origini del *testamentum per aes et libram*. Pare che la *mancipatio familiae* fatta *nummo uno* a colui, al quale si voleva trasmettere il patrimonio, fosse un espediente escogitato pel caso, in cui taluno si vedesse avvicinare la morte senza potere ricorrere alla forma ordinaria di testamento: qui non si potevano ordinare altre disposizioni e al più si poteva ricorrere a raccomandazioni e preghiere (2): *familiae mancipatio*. Un così imperfetto strumento fu più tardi migliorato in molte maniere, la *familia* non è più mancipata a colui, cui si vuole effettivamente trasmettere il patrimonio, ma ad un terzo e la nomina dell'erede e le successive disposizioni possono essere fatte oralmente *(nuncupatio)* o per iscritto (3). Gajo non accenna a veruna legge, che abbia modificato il negozio e l'abbia reso idoneo

---

tale notizia trova conforto nelle parole che il testatore pronunzia tuttavia nel testamento *per aes et libram*, dove sono certo fuori posto e riprodotte dall'antico testamento comiziale (Ferrini, *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, I, p. 114): «ita do ita lego *ita testor*, itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote» (Gai., 2, 104). Si aggiunga che non si trova alcuna traccia di controllo del popolo in questa materia. L'analogia del testamento *in procinctu* pare ancora a me (cfr. *l. c.*, p. 113) significativa; se fosse stato principio fondamentale che alla successione legittima non potesse derogarsi che per legge, come s'avrebbe potuto pensare a questa forma, dove i commilitoni non possono prestare ufficio che di testimoni? V. Voigt, *Die XII Taf.*, I, p. 225 sg.

(1) Gai., 2, 101. Vell. Paterc. 2, 5, § 2.

(2) Gai., 2, 102.

(3) *Ib.* § 103.

a così gravi effetti giuridici (1); verosimilmente si tratta di uno de' consueti procedimenti orditi della *interpretatio fori*, che seppe combinare le due regole delle XII Tavole attinenti al testamento (« uti legassit super familia tutelave suae rei ita ius esto ») ed alla *mancipatio* (« cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita ius esto ») (2). In questa forma di testamento *per aes et libram* si osservano le formalità della mancipazione e quindi intervengono i cinque testi, il *libripens* ed il *familiae emptor*. Quest'ultimo dichiara di ricevere la *familia pecuniaque* del testatore in sua *custodela* e in conformità alle disposizioni del testatore medesimo e di averla comperata *hoc aere aeneaque libra*, affinchè il mancipante possa far testamento *secundum legem publicam*. Le incongruenze di questa dichiarazione e la menzione della *lex publica* comprovano quanto abbiamo detto e in certa guisa mostrano la stratificazione operatasi. Se il testatore vuol servirsi della forma scritta, consegna al *familiae emptor* le tavole del testamento, a cui i testimoni il *libripens* e lo stesso *emptor* appongono ciascuno un suggello colla propria *superscriptio*.

Il pretore, fermandosi su quanto era essenziale, ha stabilito di concedere una *bonorum possessio secundum tabulas* a chi presentasse a proprio favore delle *tabulae* testamentarie « non minus quam septem signis signatae » e tale *bonorum possessio* dopo Antonino Pio si può difendere anche contro la

(1) Cfr. Girard, *Manuel*, p. 782. Questo spiegherebbe la conservazione delle parole già usate nel testamento comiziale: v. *supra*.

(2) Ferrini, *l. c.*, p. 119 seg.

petitio hereditatis degli eredi legittimi (1). Un testamento che sebbene non fatto con tutte le esigenze del diritto civile abbia sufficienti requisiti per tale tutela pretoria, dicesi testamento pretorio.

611. Nel diritto nuovo le forme testamentarie si vanno anche più semplificando. Il testamento nuncupativo è ormai valido, ancorchè non figuri veruna mancipazione, purchè vi sia il numero sufficiente di testimonii (2). Il testamento scritto è presentato ai testi, che sottoscrivono insieme al testatore (se esso non sa sottoscrivere, si adibisce un ottavo testimonio, che sottoscriva in vece sua). Il testamento può essere presentato aperto o chiuso, tranne l'ultima parte, dove si devono apporre le sottoscrizioni, indi viene suggellato ed al suggello i testimoni aggiungono la loro *superscriptio* (3). Non è necessario che il testamento sia scritto per mano del testatore: Giustiniano ha ordinato che almeno il nome dell'erede, se non nel testo, nella *subscriptio*, si dovesse scrivere dal testatore; (4) ma questa disposizione fu dallo stesso imperatore revocata (5). Giustiniano ha poi dispensato dal sottoscrivere il testatore, che nel corpo dell'atto dichiarasse di averlo scritto di sua mano (6).

---

(1) Gai., 2, 120.

(2) § 14 I. 2, 10: cfr. 21, § 4 e c. 26 C. 6, 23. In origine bastarono cinque testimonii: qui non c'era infatti verun motivo di mantenere, pur dopo il venir meno della mancipazione, la continuazione del *libripens* o del *familiae emptor* (c. 1: c. 3, § 1 C. Th. 4, 4). Più tardi per analogia del testamento scritto si esigettero sette testimonii.

(3) *Nov. Theod.*, II, c. 16, § 1; c. 21 C. 6, 23; § 3 I. 2, 10.

(4) c. 29 C. cit.; § 4 I. cit.

(5) Nov., 119, 9.

(6) c. 28, § 6 C. cit. Nelle Novelle di Valentiniano III

Il testamento deve avere *unitas actus* (unità cioè di tempo e di azione); i testi devono quindi essere convocati *simultaneamente*. Inoltre devono essere convocati *appositamente* e devono venire *spontaneamente*. I testi devono essere cittadini maschi e puberi sani di mente, udenti e parlanti. Sono esclusi gli *intestabiles* e alcuni in seguito a condanne subìte. Non sono capaci di fungere da testimoni quelli, che si trovano nella patria potestà del testatore o dell'erede (1), non che naturalmente l'erede stesso (2).

Del resto il testamento può farsi anche in forma pubblica; sia con una dichiarazione davanti alle autorità giudiziarie o municipali, che ne fanno redigere verbale (*testamentum apud acta conditum*) (3), sia colla consegna dello scritto al principe per la custodia negli archivi imperiali (4).

Il testamento del cieco, com'è stato regolato da Giustino (5), può pure considerarsi come un testamento pubblico; giacchè deve essere presentato al *tabularius* della città che lo deve sottoscrivere in-

---

troviamo stabilito (III, 20 c. 2, § 1): «si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios esse non putamus». Ma di simili *testamenti olografi* non v'ha traccia nel diritto giustinianeo. Tutto di mano del testatore dev'essere scritto il testamento del sordo muto (c. 10 C. 6, 22).

(1) Nel diritto classico invece non potevano adibirsi come testi i soggetti alla patria potestà del *familiae emptor* (Gai., 2, 108).

(2) Non così nel diritto classico.

(3) c. 19 C. cit. Sulla probabile origine v. Mitteis, *Reichsrecht*, p. 95, n. 4.

(4) *Testamentum principi oblatum*, c. 19 cit.

(5) c. 8 C. 6, 22.

sieme ai testimoni: *tabulario* e testimoni ne devono conoscere il contenuto.

612. Per speciali ragioni le formalità si riducono: pel testamento fatto in tempo di peste non occorre la simultaneità de' testi, nè che questi si mettano in diretto rapporto col testatore (1): pel testamento fatto in campagna, ove non è facile trovare persone che sappiano scrivere, bastano cinque testimoni (2).

La maggiore libertà è concessa ai militari, i quali fanno testamento « come possono e come vogliono » (3). Tale completa libertà di forma si collega all'esonero dall'osservanza di parecchie norme relative alla stessa sostanza dell'atto (4). Giustiniano ha ristretto tale *ius singulare* al caso dei militari che si trovano in una spedizione (5). Il testamento fatto *iure militari* vale, se il soldato muore in servizio od entro l'anno dal giorno del congedo onorifico (*honesta missio*) (6).

613. Si chiama *testamentifactio* tanto il diritto di far testamento, quanto quello di ricevere per testamento o di fare in questo da testimonio. Nel primo

---

(1) c. 8 C. 6, 23.

(2) c. 31 *ib.* C. *ib.*: Nov, 107, c. 1-2. Circa la *divisio parentum inter liberos* v. c. 21, § 3.

(3) Fr. 1 D. 29, 1. Basta insomma che sia possibile in qualunque modo la prova della volontà corrispondente.

(4) Già si è detto che il milite può morire *partim testatus partim intestatus*: il milite può far testamento lasciando sussistere altro precedente; può preterire i discendenti *in potestate*: può esaurire in legati l'asse ereditario, senza che l'istituito possa pretendere la quarta falcidia ecc. Questa e altre facilitazioni saranno illustrate a tempo debito.

(5) Pr. I. 2, 11.

(6) Fr. 26 D. 29, 1; § 3 I. cit.

significato parlano i moderni di *testamentifactio* attiva. Perchè questa competa, occorre che vi sia in genere la capacità di avere degli eredi (cfr. § 648). Però il *servus publicus* può testare, come sappiamo, per la metà del suo peculio (Ulp. 20, 16) e il peregrino avente il *commercium* può testare validamente secondo il diritto romano. Circa alle modificazioni. che dall'istituto del peculio castrense e quasi castrense e degli avventizii provennero alla condizione del *filiusfamilias* in questa parte, vedremo nel libro seguente. Inoltre non può testare l'impubere (Ulp. 20,12), il pazzo durante la malattia mentale (*ib.* § 13), il prodigo (*ib.* § 13). Le donne nel diritto nuovo hanno pieno diritto di testare; nel diritto classico occorreva ancora l'*auctoritas tutoris* (1). A titolo di pena son privi della testamentifazione attiva gli *improbi* e gli *intestabiles* (cfr. libro I) e certi eretici ed apostati (2).

614. « Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio » (3) e niun valore ha un testamento, che non contenga una valida istituzione in erede (4). Tale validità dipende tanto dalla testamentifazione passiva dell'istituito, quanto da altri requisiti di sostanza e di forma. Già abbiamo parlato del diritto in generale di diventare

(1) Se il testamento era fatto senza *auctoritas*, il pretore concedeva una *b. p. secundum tabulas*, che poteva anche essere mantenuta di fronte agli eredi legittimi: Gai., 2, 118 sgg. Sul diritto anteriore cfr. Cic., *Top.*, 4, § 18; Gai., 1, 115.

(2) c. 2, § 4 C. 1, 7; c. 4, § 5 C. 1, 5.

(3) Gai., 2, 229; § 34 I. 2, 20.

(4) Gai., 2, 248.

erede. Dobbiamo aggiungere che eredi testamentarii taluni non possono divenire a titolo di pena (v. quanto sopra si è detto per la testamentifazione attiva); i peregrini in quanto non abbiano il *commercium*. Si possono del resto istituire persone *sui iuris* e *alieni iuris* (salvi riguardo a queste ultime i diritti di coloro, che ne hanno il potere). In ispecie si può istituire erede il servo altrui (1); il proprio non si può istituire che manomettendolo; giova però avvertire che Giustiniano fondandosi sull'opinione già manifestata da qualche giurista classico ha ritenuto implicita la manomissione nella istituzione in erede. Nel caso che il testatore manometta e istituisca il proprio servo, se poi lo libera *inter vivos*, non ne soffre naturalmente la istituzione, ma anzichè erede necessario l'istituito diverrà solo mediante l'adizione e cioè in quanto lo voglia, erede. Nel caso che il testatore alieni il servo, vien meno la *manumissio*, giacchè il servo non si trova nel dominio del testatore al tempo dell'aperta successione, ma l'istituzione si attua a favore del nuovo domino. Se poi è istituito il servo alieno, l'eredità si acquisterà a chi ne ha la potestà al tempo dell'aperta successione od a lui stesso, se a quest'epoca sia libero (2).

Si può nel diritto giustinianeo istituire in generale chi non sia ancor nato (*postumus*) al momento, in cui si fa il testamento: occorre però che l'istituito esista almeno allo stato embrionale al tempo della

---

(1) Purchè esista la testamentifazione passiva a favore del domino.

(2) Le restrizioni della *testamentifactio* passiva delle donne importate dalla *lex Voconia* (Gai., 2, 274: cfr. Hölder, *Beiträge zur Gesch. der r. R.*, p. 108 sgg.) sono cessate praticamente nello stesso periodo classico.

morte del testatore (1). L'antico diritto civile ammetteva solo che si potesse istituire un *postumus suus* (che cioè, nascendo, sarebbe divenuto *heres suus* del testatore): il *postumus alienus* poteva avere dal pretore una *bonorum possessio secundum tabulas* (fr. 3 D. 37, 11). Giustiniano ha compiuto la riforma decisiva: §§ 26-27 I. 2. 20.

615. Sulla possibilità di istituire persone collettive o fondazioni si è parlato nel primo libro. Antico divieto è quello di istituire *personae incertae*. Qui si tratta di incertezza soggettiva e s'intendono quelle persone, di cui il testatore non può farsi nessuna idea precisa (Gai. 2, 238). Non può dunque discorrersi di mancanza di testamentifazione, come si fa troppo spesso; ma di mancanza di quel giudizio sicuro, da cui deve essere accompagnata una disposizione così rilevante (2). Così ad es. se taluno istituisca eredi i primi che saranno designati consoli dopo la sua morte o il primo che interverrà a' suoi funerali (3). Se però taluno istituisca erede quello de' suoi congiunti che interverrà pel primo a' suoi funerali, che diventerà console, che si sposerà, la disposizione è valida (4). Poichè qui abbiamo una serie numerata di persone ben determinate, delle quali ciascuna singola è chiamata sotto condizione (5). Il rigore, con cui il diritto classico mantenne queste regole (al punto che furono estese allo stesso testa-

---

(1) Mühlenbruch nella *Cont. di Glück*, XXXIX, pagina 406 sgg.

(2) Ferrini, *Legati*, p. 156.

(3) Gai., 2, 238.

(4) Gai., *ib.* § 239

(5) Ferrini, *l. c.*

mento militare) (1), si spiega pensando all'alto significato, che hanno per esso le disposizioni testamentarie. Nel diritto del nuovo periodo tale significato morale cede affatto all'elemento economico e l'avversione a quelle norme si manifesta già col rifiuto della *condictio indebiti* contro la persona incerta onorata di legato che abbia percepito il lascito (2) ed ottiene finalmente completa espressione nella costituzione giustinianea *de incertis personis* (3). Questa è andata pur troppo perduta; ma che per essa si ponesse il principio, che l'incertezza soggettiva del testatore non dovesse nuocere, qualora gli avvenimenti determinassero poi con sicurezza la persona, risulta chiaro (4).

616. L'istituzione in erede doveva per diritto classico essere fatta in principio del testamento; tutte le altre disposizioni (salvi i *fedecommessi*) che fossero state scritte prima di essa erano di nessun valore. Solo opinavano i proculiani che si potesse salvare la *datio tutoris*, come quella che non aveva rapporto col regolamento del patrimonio. Ma tale esigenza fu abolita da Giustiniano (5). Inoltre l'istituzione doveva farsi in latino e con parole solenni imperative: la forma più antica è *Titius heres esto;*

---

(1) § 25 I. 2, 20; pe' fedecommessi v. Gai., 2, 287.

(2) § 25 cit.

(3) Occupava il titolo 48 del libro 6 del codice. Abbiamo un sunto ne' §§ 25 e sgg. I. 2, 20 (cfr. pr. I. 3, 9) ed un altro del Tipucito (in Heimbach, *Bas.*, IV, p. 437). Tre passi dell'indice di Taleleo sono nel commentario al Nomocanone di Teodoro Vesta (Pitra, *I. E. G.*, II, pagina 495).

(4) Ferrini, *o. c.*, p. 160.

(5) Gai., 2, 229-230; § 34 I. 2, 20; c. 24 C. 6, 23.

poi si ammise come equipollente l'altra *Titium heredem esse iubeo:* altre (neppure *Titium h. e. volo*) non erano tollerate (1). Ma il diritto nuovo sopprime e la necessità delle parole solenni (2) e quella della lingua latina (3).

617. Si può istituire un solo erede, se ne possono più. L'istituzione può farsi puramente o semplicemente ovvero sotto condizione sospensiva (di condizione non è che una forma, come noi sappiamo, il *dies incertus*); non può farsi sotto condizione risolutiva e non può farsi a termine di nessuna specie (4). La istituzione condizionale ha due effetti importanti

---

(1) Gai., 2, 116, 117. Ulp., 21, 1. Ulpiano considera le cose con maggior larghezza (v. poi fr. 1, § 5-7 D. 28, 5).

(2) c. 15 C. 6, 23 (339 d. C.).

(3) c. 21, § 6 *ib.* (439 d. C.). Le due norme accennate non valevano pei testamenti militari. Inoltre è da ritenere che l'uso della lingua latina praticamente non si esigesse con rigore nelle provincie greco-loquenti dopo la costituzione antonina. Di testamenti fatti in lingua greca nel periodo anteriore a Teodosio II abbiamo sicura notizia: si pensi a quello notissimo di Gregorio Nazianzeno (a. 392). Non è verosimile che si siano trattati tutti questi testamenti come codicilli e tutte le istituzioni come fedecommessi, con conseguente deduzione della quarta pegasiana. Indizii, che mostrano la tolleranza che praticamente doveva aversi in questa materia, ha raccolto il Mitteis, *Reichsrecht*, p. 185-187.

(4) La ragione molto disputata di quest'ultimo principio a me par chiara. È concepibile che tuttavia sia incerto chi sarà l'erede e che la designazione debba dipendere da un avvenimento incerto e futuro. Ma non è concepibile che vi sia l'erede designato e che non possa subito occupare l'eredità ed esercitare i relativi diritti. Ciò sarebbe affatto contrario alla nozione romana del titolo di erede.

(oltre quelli comuni in genere agli atti giuridici condizionali) e cioè: se il testatore ha nominato uno o più eredi sotto condizione ed in difetto ha chiamato dei sostituti, il primo (o i primi) possono chiedere la *bonorum possessio* provvisoria ove diano cauzione ai secondi (1); e se la condizione vien poi a mancare, senza che vi sia sostituzione o accrescimento, la successione legittima si apre solo *da questo momento*, in cui è certo che non vi può essere successione testamentaria (2). Circa l'adempimento della condizione e circa la *cautio muciana*, mercè la quale l'erede istituito sotto condizione potestativa negativa tale da non potersi ritenere adempita prima della sua morte. può adire l'eredità, fornendo garanzia ai coeredi od ai sostituti (3) di tenerli indenni nell'ipotesi che poi la condizione non venga osservata, si ricordi quanto fu esposto nel primo libro.

618. Varie questioni si presentano nell'ipotesi che il testatore abbia istituito più eredi. Se egli non ha fatto veruna designazione di quote, tutti s'intendono chiamati in uguale misura; del resto egli può attribuire esplicitamente quote disuguali ai singoli chiamati. Se il testatore ha determinato le quote solo per alcuni, l'altro o gli altri eredi (in parti uguali)

---

(1) Fr 6 D. 37, 11; fr. 12 D. 2, 8; fr. 8 D. 46, 5.

(2) § 7 I. 3, 1; § 6 I. 3, 2.

(3) Fr. 7 pr. D. 35, 1. Qui l'istituito diventa *veramente e stabilmente* erede mercè l'adizione; non si tratta dunque di un semplice rimedio provvisorio, come quello generale della *b. possessio.* I coeredi o i sostituti non ottengono, ove l'imposta condizione venga a mancare, l'*eredità* ma il compenso del vantaggio che questa avrebbe loro procurato.

avranno il rimanente e cioè quello che manca a compiere l'asse (o il dupondio, il tripondio, ecc.) (1).

Ma la vocazione dei singoli eredi, qualunque sia la parte in cui sono istituiti, è sempre all'intero; come all'intero sono potenzialmente vocati dalla legge coloro che concorrono nella successione intestata. Da ciò deriva che in entrambe le successioni la parte di colui, che non può o non vuole diventare erede, si accresce a quella di coloro che lo possono e lo vogliono e non si devolve agli eredi legittimi nel primo caso (al che osterebbe anche il divieto della duplice delazione) od all'ordine successivo nel secondo. In ambo i casi l'accrescimento ha luogo *portioni* non *personae:* infatti il titolo di erede non è suscettibile di incremento, bensì i suoi effetti patrimoniali. Ne consegue che l'accrescimento si opera, ancorchè uno di quelli diventato erede sia morto quando una porzione resulta vacante (2) e che si opera a favore del domino diventato erede per via del servo, ancorchè questi sia nel frattempo stato manomesso od alienato (3). L'accrescimento si opera *ipso iure*, come il naturale svolgimento del titolo di erede: non occorre la scienza e l'accettazione; anzi non può venire escluso dal rifiuto esplicito di colui, al quale spetta (4). La porzione si accresce, dedotti gli oneri ad essa dal testatore imposti, giacchè questi riguardano la persona di colui che è venuto meno e l'erede, al quale l'accrescimento si devolve, ottiene la

---

(1) § 5 sqq. I. 2, 14; fr. 51 (50), § 2 D. 28, 5.

(2) Fr. 9 D. 38, 16.

(3) Fr. 80, § 2 D. 29, 2. Altra conseguenza è che l'accrescimento è proporzionale alla quota d'istituzione.

(4) Fr. 53, § 1 D. *ibid.* Cfr. tuttavia fr. 61 *ib.*

porzione medesima in forza del titolo suo, quale naturale incremento della porzione a lui deferita (1). Tuttavia negli ultimi tempi del periodo classico si fece strada l'opposta dottrina (2).

Nella successione intestata l'accrescimento si opera per le quote di tutti coloro, che diventano eredi: lo stesso ha luogo nella testamentaria, a meno che qualcuno sia stato chiamato nella stessa porzione insieme a colui che è mancato (congiunzione reale) (3). P. e. se il testatore ha detto: « Siano miei eredi A per una metà, B e C per l'altra metà » e C vien meno, l'accrescimento si opera solo a favore di B (4).

619. Quanto noi abbiamo detto circa la natura del titolo *pro herede*, esclude che taluno possa istituirsi erede in cose particolari o determinati enti patrimoniali: l'eredità non può essere che successione universale in tutto il patrimonio o in una quota parte di esso. Se taluno è istituito solo erede *ex re certa*, si considera quale erede puramente e sempli-

---

(1) Fr. 29, § 2 D. 31; cfr. fr. 61, § 1 *ib.*: « portionem ad coheredem sine onere pertinere ».

(2) Fr. 61, § 1 cit. *sub fin.*; Ferrini, *Legati*, p. 116 sg.

(3) Fr. 59, § 2 D. 28, 5.

(4) Bisogna avvertire che in forza delle leggi caducarie il *ius adcrescendi* quale è esposto nel testo non si applicava che a favore degli ascendenti o discendenti del testatore fino al terzo grado (salvo che una disposizione dovesse aversi *pro non scripta:* in tal caso nulla era immutato). Se una istituzione era *in causa caduci* o *caduca* (v. pel significato la c. 1, § 2 C. 6, 51), in luogo di chi era stato invano chiamato subentravano gli *heredes patres:* in loro mancanza i *legatarii patres* e da ultimo l'erario (indi il fisco). Il *ius antiquum in caducis* fu generalmente ripristinato da Giustiano nella citata costituzione.

cemente, quasi che non fosse apposta la menzione della *res certa* (1). Se più persone sono istituite eredi, ciascuna *ex re certa*, il principio è il medesimo (2): la disposizione « Attius fundi corneliani heres esto, duo Titii illius insulae heredes sunto » è da proculiani e sabiniani intesa nel senso, che tanto Azzio, quanto i due Tizii abbiano ad avere un semisse (fr. 11 D. *h. t.*). Si ritengono dunque i singoli eredi istituiti *sine parte* e per ciò stesso in parti uguali e si ha come non apposta la menzione della *res certa*. Solo più tardi si arrivò a dare importanza anche a questa, considerandosi che le *res certae* costituissero oggetto di *prefedecommesso* a favore dei singoli cui

(1) Fr. 1, § 4 D. 28, 5: «si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione». Analogamente si detrae la menzione della *certa res*, quando taluno sia istituito unico erede *excepta aliqua re* (fr. 75 [74] *ib.*), giacchè non si può impedire che il titolo *pro herede* esplichi la sua efficacia su tutti gli enti del patrimonio, che non siano dedotti in particolare disposizione.

(2) Fr. 9, § 13 *ib.*: « Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut, detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur». Segue un emblema. Cfr. fr. 10 *ib.* Nel fr. 29 [30] D. 36, 1 si tratta l'ipotesi, che in un testamento posteriore in cui si contengono *verba fideicommissaria* dirette a tenere in vita un testamento precedente, si istituiscano nuovi eredi *ex certis rebus*. La decisione è che costoro debbano restituire l'eredità (supplita la quarta) a quelli che erano stati scritti nel testamento anteriore. Questo è del resto naturale, almeno dopo lo sviluppo del fedecommesso; non è necessario che il nome del fedecommissario sia contenuto nel testamento; può essere scritto ovunque, anche in una semplice lettera (quindi anche in un testamento che più non vale), purchè la disposizione fedecommissaria vi si riferisca: Ferrini, *Legati*, p. 314.

erano state assegnate; il che non toglie che questi si ritenessero del resto eredi *ex aequis partibus* (1). Non abbiamo attestazione diretta pel caso, che vi sieno eredi istituiti in una data quota ed eredi istituiti *ex re certa;* ma non si può dubitare che costoro si ritenessero istituiti in parti uguali nella residua eredità, se le parti indicate non esaurivano l'asse; altrimenti in un altro asse.

In varii modi devia il diritto nuovo da siffatti principii. Dove le *res certae*, in cui sono istituiti i singoli coeredi, si configurino come complessi patrimoniali (*res paternae* e *res maternae; res italicae* e *res provinciales*, ecc.), il diritto giustinianeo tende decisamente ad attuare la volontà del defunto e a limitare tanto l'acquisto, quanto la responsabilità pei debiti ed i diritti creditorii al complesso indicato nel testamento. All'uopo i testi interpolati rimandano all'*officium* del *iudex familiae erciscundae*. Negli altri casi di più coeredi istituiti tutti *ex certis rebus* le decisioni dei vecchi giuristi sono talvolta alterate per riguardo alla volontà del testatore (fr. 9, § 13 cit.). Più grave ancora è la disposizione di Giustiniano, per cui, istituiti alcuni eredi in parti determinate o *sine parte* ed altri *ex re certa*, questi ultimi, che già prima si avevano in conto di *fedecommissarii* rispetto alla *res* designata (2), debbano anche restare effettivamente limitati a questa senza potere concorrere sull'eredità a detrimento degli altri (c. 13 cit.)

---

(1) Così dal fr. 78 [79] D. *ib.* si evince un'analoga risoluzione, rimovendo le manifeste e gravi interpolazioni. Simile trattamento cominciò pel testamento militare: fr. 17 pr., § 1 D. 29, 1.

(2) Tale è il senso della frase: « quos legatariorum loco haberi certum est » c. 13 C. 6, 24.

Essi vengono quindi trattati proprio a modo di semplici legatarii. La loro qualità di eredi non è che latente e si esplica solo, quando vengano meno tutti gli altri istituiti *ex certis partibus* o puramente (1).

620. Le sostituzioni non sono che casi di istituzioni condizionali. Di esse il diritto romano offre varie figure. La prima e più semplice è quella della *substitutio volgaris*, con cui si nomina un erede nel caso che un altro prima nominato non lo diventi: « si Titius heres non erit, Seius heres esto » (2). La serie delle sostituzioni può anche continuare: il testatore, che vuole assicurare l'esito del proprio testamento, chiude la serie colla sostituzione di un erede necessario. A un erede può sostituirne più; a più uno solo (3). Più coeredi possono essere reciprocamente sostituiti (4). Poichè la sostituzione è una vera istituzione, dev'essere fatta nel testamento e rispondere a tutti gli altri requisiti di questa. Chi è sostituito al sostituto s'intende sostituito anche all'istituto. Ad es. B è istituito erede *pro parte* e sostituito in altra parte ad A suo coerede; C è sostituito a B; se A e B vengono meno, C subentra nella porzione di entrambi (5). Il testatore potrebbe

---

(1) Sull'argomento v. Neuner, *Die h. inst. ex re certa;* Kuntze, *Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlassstücke.* Fallaci conseguenze da una tesi inesattamente posta trae il Padolletti, *Arch. giur.*, IV, p. 139 sgg., 343 sgg. In genere poi nocque a tali scrittori il non avere rilevato le interpolazioni.

(2) Pr. I. 2, 15.

(3) Pr. *Inst.* cit. V. il testamento di C. Longino Castore I, l. 10 12,

(4) Fr. 4, § 1 D. 28, 6; § 2 I. 2, 15.

(5) Fr. 27; fr. 41 pr. *ib*.

anche ordinare che, secondo che si verifichi o manchi una data condizione, l'erede istituito debba avere tutta la sua parte ovvero ammettere un altro: in tale ipotesi il sostituito è dunque chiamato a concorrere coll'istituito (1).

621. La sostituzione pupillare consiste nella nomina di uno o più eredi a condizione che l'*heres suus* del testatore venga a morire prima di raggiungere la pubertà (2). A mala pena può dubitarsi che nelle origini essa costituisse un caso di ordinaria sostituzione (questo non può spiegarsi che ammettendo che il discendente non divenisse effettivamente erede che all'epoca della pubertà: ciò che del resto è conforme all'antica nozione della successione ereditaria), per cui il *paterfamilias* nominava un erede a sè medesimo. Il modificarsi de' concetti relativi alla successione non riuscì a sradicare un'abitudine costante nell'esercizio e praticamente assai opportuna; piuttosto reagì anche sopra di questa e diede origine ad un singolare istituto giuridico (3), la cui natura è sempre rimasta ambigua nel successivo

---

(1) Uguale trattamento si ammette, quando l'istituzione prima non è vacua di effetto, ma non ottiene l'effetto previsto dal testatore. P. es. taluno non è libero, come il testatore credeva, ma servo e quindi acquista *iussu domini* a costui l'eredità (§ 4 I. cit.). Altra applicazione degna di nota v. in Gai., 2, 177. 178.

(2) Cfr. Vangerow, *Pand.*, II, § 452 sq.; Dernburg, *Pand.*, III, § 89; Windscheid, *Pand.*, III, § 558 sq.; Arndts, *Civ. Schriften*, II, p. 175 sg.; Costa, *Sopra la natura giuridica della sost. pup. in diritto romano*, 1894 (dal *Bull. dell'ist. di diritto romano*, VI, 6); Karlowa, *r. RG.*, II, p. 875 sgg.

(3) «Moribus introductum est»: fr. 2 pr. D. 28, 6: cfr. pr. I. 2, 16.

svolgimento, come quella che rispecchia un dualismo di principii fondamentali. La prima conseguenza fu l'ordinaria congiunzione della sostituzione volgare e della pupillare: « Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus mihi heres non erit, *sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit*, tunc Seius heres esto » (1). La seconda fu che oramai sembrava non tanto che il *paterfamilias* nominasse un eventuale erede a sè medesimo, quanto ch'egli provvedesse ad istituire un erede al discendente che morisse prima di essere in grado di fare testamento. Quindi si ammise dopo qualche esitazione (2) che il sostituto pupillare potesse raccogliere anche i beni pervenuti al pupillo dopo la morte del *paterfamilias* da altra parte e finalmente che il *paterfamilias* potesse sostituire anche al pupillo da lui diseredato (3). Sono quindi *due eredità*, due diverse successioni di cui si tratta e, secondo il modo di esprimersi di alcuni giuristi non approvato da altri, due testamenti: uno del padre e l'altro del pupillo (4).

Sarebbe per altro erroneo il supporre che si sviluppassero logicamente tutte le conseguenze di queste nozioni. Anzitutto « substituere liberis pater non

---

(1) Ritenere la sostituzione volgare implicita nella pupillare fu uno dei primi saggi di interpretazione libera di disposizioni testamentarie (di prevalenza, per usare il linguaggio del tempo, dell'*aequitas* sopra il *ius strictum*): sulla famosa *causa curiana* v. Cic., *de or.*, 2, 32, § 140 sg. e *Brut.*, 52, 194 sg. Più grave è la reciproca, per cui si arrivò a ritenere implicitamente indicata nella sostituzione volgare anche la pupillare: fr. 4 pr. D. 28, 6.

(2) Cic., *de inv.*, 2, 21, § 62 sg.

(3) Gai., 2, 182.

(4) Fr. 28 D. 42, 5; Gai., 2, 180.

potest, nisi si heredem sibi instituerit » (1): se il *paterfamilias* non fa testamento per sè, non può provvedere alla successione del pupillo. I due testamenti, se così vogliensi chiamare (2), non possono stare indipendenti; devono anche materialmente costituire un unico atto. Solo è permesso porre in diverse tavole dello stesso testamento quanto si riferisce alla successione diretta del *paterfamilias* e quanto si riferisce alla sostituzione del pupillo (*primae tabulae, secundae tabulae*); le *tabulae substitutionis* possono anche essere chiuse con divieto di apertura prima dell'epoca fissata (3). Inoltre, se vada destituito il testamento paterno, cade anche il pupillare (4). Chi ha accettato l'eredità paterna non può rifiutare quale sostituto quella del pupillo (5): il servo erede necessario del *paterfamilias* lo è del pupillo (6). I legati che il padre impone al sostituto si rapportano sempre alla sostanza procedente da lui (*pater legat de suo*) (7): la quarta falcidia si calcola una volta sola, come se si trattasse di un unico te-

(1) Fr. 1, § 3 D. 28, 6.

(2) Gaio, *l. c.* parla di « duo *quodammodo* testamenta » e dubita ancora di avere adoperato un'espressione troppo ardita.

(3) Gai., 2, 181. Ciò era suggerito da riguardi elementari di prudenza.

(4) Ad es. il *paterfamilias* ha istituito ad erede un estraneo, diseredando il pupillo, cui nomina il sostituto L'estraneo rifiuta di adire fr. 10, § 4 D. 28, 6.

(5) Fr. 59 D. 29, 2; fr. 10, § 3 D. 28, 6.

(6) Fr. 2, § 4 D. *ib.*

(7) Donde « ab exheredati substituto inutiliter legatum datur »: fr. 126 pr. D. 30; fr. 79 D. 35, 2; fr. 11, § 5 *ib.* fr. 41, § 6 D. 28, 6.

stamento (1). Soltanto il militare può fare testamento pel suo discendente senza farlo per sè stesso e quindi vale il testamento pupillare anche se il suo rimane destituito (2). Può anche sostituire al figlio emancipato (3) o al discendente che morisse dopo la pubertà, ma prima di raggiungere un'età designata (4): in tale caso però la sostituzione non si rapporta che alla porzione di beni pervenuti dal testatore.

622. Probabilmente queste facilitazioni accordate ai militari segnarono la via alla c. d. sostituzione quasi pupillare od esemplare. che riceve la sua stabile e definitiva configurazione solo per opera di Giustiniano (5). Quello, che prima di lui non era possibile che in base a privilegio, viene costituito da lui come regola generale: che cioè qualunque ascendente (paterno o materno) possa, purchè gli abbia lasciato almeno la legittima, fare testamento pel proprio discendente infermo di mente pel caso, che abbia a morire senza avere ricuperato l'uso della ragione. Dal momento che più ascendenti possono provvedere ad una simile istituzione, è ovvio il supporre, sebbene il legislatore nol dica, che questa non si riferisca che ai beni lasciati dal singolo testatore. Costui deve anzitutto chiamare i discendenti e, in loro mancanza, i fratelli e le sorelle del mentecatto; solo qualora non sianvi tali congiunti, ha la scelta pienamente libera.

---

(1) Fr. 1, § 1 D. 35, 3; fr. 80 pr. D. 35, 2. Sulle varie applicazioni di queste regole v. ad es. Costa, *o. c.*, capo III, Ferrini, *Legati*, p. 432 sg.

(2) Fr. 41, § 5 D. 29, 1.

(3) Fr. 41, § 4 *ib.*

(4) Fr. 15 D. 28, 6.

(5) § 1 I. 2, 16: c. 9 C. 6, 26.

623. Un testamento può essere nullo fin da principio (*non iure factum, iniustum*) (1), può diventare nullo in seguito (*irritum*) (2) o essere privato di efficacia (*ruptum*) (3); può andare deserto (*destitutum, desertum*) perchè nessuno degli eredi nominati possa o voglia adire.

La revoca è rispetto al testamento, quale si è venuto definitivamente costituendo nel diritto romano, l'esercizio di un diritto essenziale (4); senza tale diritto nel testatore il testamento non rappresenterebbe più l'*ultima voluntas* di lui. Tale revoca non poteva però operarsi in qualsiasi forma (§ 7 [6] I. 2, 17) per diritto civile occorre la confezione di un nuovo testamento, in modo che non è più possibile per chi ha testato una volta ridonare libero il corso alla successione legittima. Abbiamo quindi due proposizioni reciproche: una (già nota) che un nuovo te-

(1) P. es. se fatto senza le forme legali, se fatto da persona carente di testamentifazione attiva, se fu nominato erede solo chi mancava di testamentifazione passiva, se fu preterito un *heres suus* (v. avanti): Inst. 2, 17.

(2) Per la successiva *capitis deminutio* del testatore (Gai., 2, 145, 146). Non gioverebbe che costui la ricuperasse *ante mortem:* Gai., 2, 147. *Secundum tabulas* l'erede scritto può avere una *bonorum possessio* utile, solo quando non vi sia altro erede *iure civili* (Ulp., 23, 6; fr. 12 pr. D. 28, 3). È questo l'unico esempio di *bonorum possessio sine re* rimasto nel diritto giustinianeo, a meno che per questo non si voglia giungere ad altro risultato: Windscheid, II, § 563, n. 7. Per l'erede invece nulla importa la carenza della testamentifazione passiva nel tempo intermedio: fr. 60 (59), § 4 D. 28, 5.

(3) Per revoca, sopravvenienza di *heredes sui* non contemplati: sulla terminologia cfr. Gai., 2, 146.

(4) Fr. 4 D. 34, 4; fr. 22 D. 32.

stamento annulla inevitabilmente l'anteriore; l'altra che non c'è altro modo di annullare un testamento, che l'erezione di un nuovo (Gai., 2, 144). Prima della introduzione dei codicilli non era possibile mutare neppure una disposizione affatto secondaria, senza rifare tutto il testamento. Se il testatore distrugge il suo testamento, rende certamente difficile (1) la prova a quelli che vi erano contemplati; in molti casi questa sarà anzi praticamente impossibile. Ma per sè il testamento non è *iure civili* annullato nella sua giuridica efficacia e l'erede che riuscisse nella prova potrebbe strappare di mano l'eredità a chi ne avesse conseguito il possesso come successore intestato (2). Tuttavia il pretore non tardò in questi casi ad accordare una *exceptio doli* contro siffatto erede che *non habet voluntatem;* anzi la *bonorum possessio* fu negata all'erede testamentario, se il testatore avesse inciso il lino e rotto i suggelli e accordata in sua vece al successore *ab intestato*. Se il testatore dopo aver fatto un secondo testamento lo distrugge per ridare forza al primo (3), non raggiunge il suo scopo che quando l'erede in questo istituito sia anche l'erede legittimo (altrimenti la *bonorum possessio* ottenuta in base al primo testamento non resisterebbe contro la *petitio hereditatis*) (4).

Una singolare disposizione di Onorio e Teodosio II, che un testamento perdesse valore dopo 10 anni dalla

(1) Gai., 2, 151.

(2) Sulla vera lezione e interpretazione del passo di Gaio (in ispecie contro lo Schirmer, *Ztschr. der S. S.*, 7, 1 sg., 8, 99 sg.) v. il Krüger nella *Ztschr. der S. S.*, R. A., VII, 2, p. 91 sg.; VIII, p. 109 sg.

(3) Fr. 11, § 2 D. 37, 11

(4) Gai., 2, 148. 149.

sua erezione (1), cedette il posto ad un'altra, per cui dopo 10 anni poteva un testamento essere revocato mediante apposita dichiarazione fatta avanti tre testimonii o in cancelleria del tribunale (2).

624. L'apertura del testamento è un atto divenuto di molta importanza dopo che la *lex Iulia vicensimaria*, che stabilì un'imposta del 5 % sulle disposizioni testamentarie e ne fissò le formalità opportune a titolo di controllo: cfr. Paul., *Sent.*, 4, 6. Anche le leggi caducarie diedero grande importanza all'apertura delle tavole, vietando che si adisse prima l'eredità e stabilendo a quest'epoca il *dies cedens* dei legati (3). Nel diritto giustinianeo tutte queste ragioni sono tramontate; ma rimane tuttavia importante l'apertura delle tavole testamentarie, che è l'atto, donde s'inizia l'esecuzione del testamento. All'uopo devono convocarsi i testi, che l'hanno suggellato, o almeno la maggior parte di essi, perchè riconoscano i suggelli (4), in seguito si recide il lino e il testamento si apre, si legge, se ne fa, occorrendo, una copia; l'originale chiuso col suggello pubblico viene collocato nell'Archivio (5). L'apertura deve farsi al più presto, entro 3 o 5 giorni dalla morte

---

(1) c. 6 C. Th. 4 4.

(2) c. 27, § 2 C. 6, 23. Un'altra costituzione di Teodosio II e Valentiniano III ordina che il testamento posteriore, sebbene non ultimato (per mancanza di sottoscrizioni e suggelli), possa, se fatto a favore dei successori *ab intestato*, revocare il precedente. Vale adunque come atto di revoca.

(3) Ulp., 17, 1; 24, 30.

(4) I presenti riconoscono anche i suggelli degli altri: v il protocollo ravennate, di cui più avanti.

(5) Paul., 4, 6, § 1.

del testatore (secondo vari rescritti), se gl'interessati sono presenti; dal giorno del loro arrivo, se assenti (1). Di tutto si fa processo verbale (2).

CAPO III.

Successione intestata.

625. La successione intestata ha luogo solo in difetto della testamentaria; sia perchè non esista testamento, sia perchè sia invalido *ab origine* o invalidato per fatto posteriore o rimasto deserto. Essa si apre quando sia certa che non ha luogo successione testamentaria; può quindi aprirsi molto tempo dopo la morte, ad es. se l'erede fu istituito sotto condizione e questa poi manchi o se l'erede volontario ripudii la deferitagli eredità. L'epoca in cui si apre la successione legittima è quella cui si deve avere riguardo per determinare la persona dei successibili (§ 6 I. 3, 2).

La successione intestata è regolata in modo fondamentale dalla legge delle XII tavole (V, 4, 5). Il sistema del diritto civile praticamente modificato da quello delle *bonorum possessiones* dell'Editto pretorio si mantiene fino a Giustiniano, qua e là ritoccato da senatoconsulti o costituzioni; con Giustiniano

---

(1) Paul., 4, 6, § 3.

(2) Cfr. i cinque protocolli nel papiro ravennate di Parigi (Lat. 8842): Marini, *Papiri*, p. 110 sg.; Bruns, *Fontes*, p. 301 sg. Il processo verbale contiene anche una copia del testamento.

esso è assiso su altra base più ampia e comprensiva.

626. Le dodici tavole presuppongono anzitutto la successione degli *heredes sui*, ossia di coloro che, essendo *in potestate* o *in manu* del *paterfamilias*, diventano *sui iuris* alla morte di esso. Succedono ciascuno in uguale porzione (*per capita*); però « aequum est nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset » (Ulp., 26, 2) (succ. *per stirpes*). L'*heres suus* succede senza bisogno di alcun atto di accettazione. In secondo ordine vengono chiamati gli agnati: *agnatus proximus familiam habeto*. La legge non fa distinzione, ma la giurisprudenza escluse le donne *ultra consanguineas* (Paul., *Sent.*, 4, 8, § 20 [22]). Agnati non può avere il liberto, che non viene da famiglia riconosciuta *iure civili;* le dodici tavole chiamavano alla successione intestata del liberto, che non lasciasse *heres suus*, il patrono (Gai., 3, 40) o, in difetto, il prossimo discendente del patrono (Ulp., 27, 2). La successione si divide in *capita* fra più discendenti di ugual grado del patrono (*ib.* § 4). Anche colla emancipazione, che rompe i vincoli famigliari, si perde il *ius legitimae hereditatis* (*ib.* § 5); qui però subentrano i diritti dell'emancipante e della sua posterità per linea mascolina (§ 8 I. 3, 2).

In mancanza di agnati, la legge chiamava la *gens* a raccogliere la successione: *gentiles familiam habento*.

Nell'eredità legittima non vi ha successione di classi nè di gradi: ed è questa la ragione per cui chi è chiamato per legge alla successione può prima di adire *cedere in iure* con piena efficacia l'eredità ad un terzo: v. Gai., 2, 34-37 e 3, 85-87. Gai., 3, 11-12.

627. L'Editto pretorio deferisce la *bonorum possessio* nella ipotesi che *nullae tabulae extent* ad una serie di ordini, ciascuno dei quali è distinto in gradi, dall'uno all'altro dei quali è ammessa la successione. Le classi sono:

1.° *unde liberi:* il pretore concede la *bonorum possessio* non solo agli *heredes sui*, ma anche ai discendenti emancipati ed alla loro prole. Non chiama però i liberi emancipati dall'adottante alla *bonorum possessio* di costui, bensì, *dopo tale emancipazione*, a quella del loro naturale ascendente (Ulp. 28, 8). La *bonorum possessio* è data *per stirpes* come l'eredità legittima. Il padre emancipato concorre coi figli rimasti in potestà dell'ascendente, secondo la *nova clausula* di Giuliano: fr. 3 D. 37, 8;

2.° *unde legitimi:* il pretore concede la *bonorum possessio* a quelli chiamati dalla legge dopo gli *heredes sui* (agnati, patrono, *parens manumissor*). Se l'emancipazione ha avuto luogo per mezzo di un estraneo, al quale l'emancipando fu *dicis causa* mancipato, il pretore preferisce a tale *extraneus manumissor decem personae, ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret* (1);

3.° *unde cognati:* sono chiamati i cognati (ossia i parenti, che non sono nel rapporto agnatizio) fino al 6.° grado, oltre i figli del *sobrinus* e della *sobrina* (2).

4.° *unde vir et uxor:* nel matrimonio libero,

---

(1) Coll. 16, 9, § 2; padre madre, figlio figlia, avo ava, nipoti, fratello sorella. Senza la *bonorum possessio unde X personae* costoro sarebbero chiamati nella classe successiva *unde cognati* e quindi dopo l'*extraneus manumissor*.

(2) Fr. 1, § 3 D. 38, 8; *Par. greca delle Ist* III, 6, § 6.

poichè nel matrimonio *cum manu* la moglie non ha patrimonio suo e succede al marito *loco filiae*, fra gli *heredes sui*.

Rispetto ai liberti è da notare, che al coniuge superstite sono preferiti gli agnati del patrono, il patrono e la patrona del patrono nonchè i loro discendenti e ascendenti; mentre dopo il coniuge superstite sono chiamati i cognati del patrono (§ 3 I. 3, 9).

628. Di queste varie classi una sola e cioè quella *unde liberi* poteva (dopo il decadimento della *gens* e l'abolizione del *ius gentilicium*) venire in conflitto col diritto civile; ma non vi ha dubbio che, almeno già al principio dell'età imperiale, il *bonorum possessor* potesse respingere la *petitio hereditatis* dell'erede legittimo.

629. La serie della riforma legislativa si apre coi senatoconsulti tertulliano ed orfiziano. Il primo del tempo di Adriano (§ 2 I. 3, 3) chiama la madre che abbia il *ius liberorum*, in difetto di *liberi* (1), di *manumissor* e di *frater consanguineus* e in concorrenza colla *soror consanguinea* alla successione dei figli. La madre è così fatta passare nel rango degli *eredi legittimi* ed in uno dei primi gradi di questi. Il secondo (a. 178 d. C.; cfr. pr. I. 3, 4) chiama i figli alla successione della madre. In entrambi i senatoconsulti non si esige che i figli sieno nati da giusto matrimonio (§ 3 I. cit.).

Nella stessa tendenza sono la disposizione di Va-

---

(1) È notevole come la madre sia esclusa anche dai *liberi* di mera vocazione pretoria: « si tamen ei filio neque suus heres sit *quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur* » (Ulp., 26, 8: probabilmente le parole stesse del senatoconsulto).

lentiniano e Teodosio e Arcadio, che accorda ai discendenti diritto di successione legittima sui beni degli ascendenti materni (c. 4 C. Th. 5, 1) e quella di Anastasio (§ 1 I. 3. 5; cfr. c. 5 C. 5, 70), che chiama *inter legitimos* anche il fratello e la sorella emancipati (1).

Giustiniano ammise la madre alla successione *ex S. C. Tertulliano*, sebbene priva del *ius liberorum* (§ 4 I. 3, 3); tolse ogni restrizione alla successione legittima delle *adgnatae* (c. 14 pr. C. 6, 58) e chiamò fra gli eredi legittimi anche i figli delle sorelle, i fratelli e le sorelle uterine, i loro figli (2) ed i figli dei fratelli e delle sorelle emancipati (3).

630. Ma queste parziali riforme di Giustiniano perdono importanza di fronte al nuovo e grandioso assetto dato da lui nelle Novelle al sistema delle successioni legittime (4).

In primo luogo sono chiamati i discendenti: essi succedono per stirpi, nella stessa stirpe il più vicino di grado esclude il più remoto.

In secondo luogo sono chiamati gli ascendenti, i fratelli e le sorelle germane e i loro figli. Se non vi sono che ascendenti, quello prossimo esclude i più remoti; se sono tutti dello stesso grado, la successione ha luogo per linea. Se non vi sono che fratelli e sorelle, la successione ha luogo per capi, come pure se vi sono ascendenti, fratelli e sorelle. I figli di questi succedono per stirpi.

---

(1) « Non aequis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione ».

(2) c. 14, § 1 cit.

(3) c. 15, § 1 *ib.* (« unum gradum ex cognatis in ius legitimum reduximus »).

(4) Nov. 118 e 127.

In terzo luogo sono chiamati i fratelli e le sorelle bilaterali e i loro figli.

In ultimo luogo sono chiamati gli altri collaterali in ragione di prossimità, senza veruna differenza tra agnati e cognati. Ragione questa che rende verosimile che la vocazione non si estendesse oltre il 6.° grado e pel 7.° oltre i figli del *sobrinus* e della *sobrina*.

Non vi ha dubbio che sussistesse in difetto di collaterali la *bonorum possessio* a favore del coniuge superstite introdotta dal pretore. Del resto il coniuge povero (poi la sola vedova povera e indotata) ha diritto a un quarto dei beni del coniuge agiato predefunto (se non vi sono più di tre figli; altrimenti ad una *portio virilis*) (1).

631. Il *paterfamilias* non può preterire gli *heredes sui;* deve istituirli o diseredarli; diseredarli nominativamente, se trattasi di figli maschi; diseredarli almeno in blocco (*inter ceteros*) se trattasi di altri *heredes sui* (2). La diseredazione non può farsi che nel testamento; non può farsi *pro parte* nè *ex re certa* (3); dev'essere fatta con parole precise e solenni (*exheredes esto, exheredes sunto*). La diseredazione deve essere ripetuta in caso di sostituzione per ogni grado di questa (fr. 3 D. 28, 2), giacchè ogni volta che l'erede designato vien meno si riaffaccia il diritto dell'*heres suus*. Il *paterfamilias*, che ha validamente diseredato un *heres suus*, può istituire un estraneo o maggiormente beneficare altri *sui*.

---

(1) Nov. 117, 5.

(2) Il principio è sicuramente antichissimo; circa alle forme di diseredazione la dottrina era ancora oscillante ai tempi ciceroniani (*De or.*, 1, 38, § 175 e 57, § 245).

(3) Fr. 19 D. 28, 2.

Questo punto è tutto formale. Non occorrono motivi speciali per autorizzare la diseredazione, questa d'altra parte non si può evitare, se non si vuole l'istituzione in erede del *suus* o la rovina del testamento. Non basta far pervenire per mezzo di legati, ecc. al *suus* larga copia di beni; occorre istituirlo o diseredarlo; mentre di nulla egli può lagnarsi se è diseredato senza alcun motivo o se è istituito per una porzione minima.

Se il *suus* è preterito o non validamente diseredato, il testamento è inutilmente fatto, ove trattisi di un figlio maschio: ciascuno può rilevarne la nullità e questa non si sana neppure, se il figlio premuore al *paterfamilias* testatore (1). Ove trattisi di altro *heres suus*, questi *si accresce* al numero degli eredi istituiti dal testatore, ottenendo la metà di fronte ad eredi estranei, una *portio virilis* di fronte ad altri *heredes sui* (2).

632. Un *suus heres* può sopravvenire dopo la confezione del testamento, sia per nascita di un discendente, sia per adozione o matrimonio. Tale fatto trae con sè, come già fu occasione di accennare, la caduta (*ruptio*) del testamento, senza distinguere se trattisi di figlio maschio o di altro *heres suus* (3). A questo inconveniente si rimediò coll'introduzione della fa-

---

(1) D'altra opinione erano i proculiani (Gai., 2, 123), la cui opinione non prevalse (fr. 7 D. 28, 2).

(2) Gai., 2, 124.

(3) Ulp., 22, 18. Però nel caso che il *postumus adgnatus* premorisse al testatore, gli eredi istituiti potevano domandare una *bonorum possessio secundum tabulas* utile (fr. 12 pr. D. 28, 2) e difendibile contro gli eredi *ab intestato*, che non fossero *heredes sui* diseredati nel *testamentum ruptum*: fr. 13 D. 44, 2.

coltà di istituire o di diseredare i postumi (come appunto si dicevano questi *heredes sui* sopravvenuti dopo la confezione del testamento). Tale facoltà in parte fu ammessa dalla giurisprudenza, che compose le formole opportune (1); in parte resa possibile da disposizioni legislative (2). Rispetto però a coloro, che dopo il testamento in base a matrimonio od adozione venivano a trovarsi nella condizione di *heredes sui*, non si trova cenno che si potessero *a priori*

---

(1) E cioè: *postumi legitimi*, quelli nati dopo la morte del testatore da discendenti premorti alla confeziono del testamento; *postumi aquiliani* nati dopo la morte del testatore da discendenti vivi al tempo del testamento, ma premorti a lui. La difficoltà di istituire o diseredare persone, che, ove anche fossero esistite al tempo del testamento, non sarebbero state fra gli *heredes sui* fu girata con una formola condizionale: «Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto» (fr. 29 pr. D. 28, 2).

(2) *Postumi vellaeani* (discendenti nati al testatore dopo il testamento e prima della morte): *quasi-vellaeani*, già nati al tempo del testamento, ma divenuti solo dopo *heredes sui* per la premorienza delle persone intermedie. La loro istituzione o diseredazione *nominatim* fu concessa in due capitoli dalla *lex Iunia Vellaea* (28 d. C.): fr. 29, § 11-14 D. cit. La ragione, per cui in questa ipotesi fu tale facoltà più a rilento riconosciuta, deve ricercarsi in ciò che in essa era possibile rifare il testamento. La seconda ipotesi fu estesa per interpretazione da Salvio Giuliano (fr. 29, § 15 *ib.*) nel senso di comprendere anche quelli nati dopo il testamento da discendenti del testatore e divenuti *ante mortem sui heredes* per la premorienza delle persone intermedie (c. d. *postumi iuliani*)

diseredare. Si potevano naturalmente istituire per nome (fr. 23, § 1 D. 28, 2).

633. Il pretore concede la *bonorum possessio contra tabulas* agli *heredes sui* preteriti ed anco ai *liberi emancipati* (1). Inoltre egli esige che tali persone se mascoline siano nominativamente diseredate (2), altrimenti esse possono domandare la *bonorum possessio contra tabulas* difendibile contro gli eredi testamentarii. Il pretore non può dichiarare nullo un testamento regolare per diritto civile, il che del resto eccederebbe lo scopo, cui egli mira. Da ciò deriva che non soffre alcuna perturbazione la successione testamentaria, se il discendente emancipato preterito nel testamento o se il discendente mascolino (*ultra filium*) diseredato *inter ceteros* premuoiono al testatore. Inoltre anche quando la *bonorum possessio* viene concessa, il testamento non rimane del tutto inefficace. Gli altri *liberi* istituiti nel testamento possono, se loro giova, *commisso per alium edicto*, chiedere essi pure la *bonorum possessio contra tabulas* (3); ma le diseredazioni (4) e le sostituzioni pupillari (5) permangono, nonchè fino ad una certa misura i legati e i fedecommessi a favore della moglie e di alcuni parenti (6). Se il *liber omissus* e gli altri liberi istituiti non domandano entro i termini la *bonorum possessio contra tabulas*, si fa luogo a quella

---

(1) Fr. 1 D. 37, 4.

(2) Gai., 2, 135.

(3) Fr. 3, § 11 D. 37, 4; fr. 8, § 11 *ib.*

(4) Fr. 10, § 5 *ib.*

(5) Fr. 34, § 2 D. 28, 6. Infatti tali disposizioni non danneggiano il discendente omesso o male diseredato.

(6) Così stabiliva un apposito editto illustrato in Digesto 37, 5.

secundum tabulas a favore di tutti gli eredi istituiti (1).

Questa duplicità di rimedî civili e pretorî rimase in vigore fino a Giustiniano. Giustiniano cominciò coll'unificare tali rimedî: tutti i discendenti diretti a quelli *per virilem sexum*, compresi gli emancipati e quelli dati in adozione (tranne il caso di *adoptio plena*), devono istituirsi o diseredarsi *nominatim*, senza veruna distinzione di sesso o di grado: la conseguenza è sempre la nullità del testamento (2).

Solo ne' testamenti militari la preterizione in silenzio è assimilitata alla diseredazione (3).

634. Nella prassi della corte centumvirale, a cui in Roma si devolvevano almeno in parte i processi di petizione di eredità, s'introdusse verso il principio dell'età imperiale l'uso di considerare come nullo per vizio di mente del testatore quel testamento, in cui senza ragione fossero diseredati o preteriti o beneficato in modo troppo esiguo stretti congiunti (4). La forma è quella di una *petitio hereditatis* mossa da colui che sarebbe erede legittimo, ove il testamento non esistesse, con dimostrazione della sua nullità *ex capite insaniae:* insania dedotta *ex re ipsa*. Se veniva ammessa questa *inofficiosità*, il testamento cadeva completamente e si faceva luogo all'eredità intestata (5) (fr. 8, § 16 D. 5, 2). La corte centum-

---

(1) Fr. 2 pr. D. 37, 11.

(2) § 5 I. 2, 13. Non è però abolita la *bonorum possessio contra tabulas* (c. 4 C. 6, 28).

(3) § 6 I. cit.

(4) È già stata ravvicinata alla prassi centumvirale la δίκη μανίας del diritto attico (Schulin, *griech. Test.*, pagina 16).

(5) Poteva darsi che, istituiti più eredi testamentari,

virale aveva una competenza limitata per territorio e inoltre davanti ad essa non poteva intentarsi che una petizione di eredità legittima; coloro che potevano aspirare alla successione soltanto *iure praetorio* non erano in grado di valersi del rimedio indicato. Pare però che in tali casi si ammettesse (1) una querela d'inofficiosità *extra ordinem*, il cui scopo era di fare riprovare e rescindere il testamento dal magistrato. Nel diritto nuovo, col venir meno della procedura ordinaria, i due rimedî si sono confusi in uno solo, il quale (come indica anche il nome rimastogli di *querella inofficiosi testamenti*) tiene assai più del secondo che del primo.

635. A differenza dei rimedî suindicati, questo mira più alla sostanza, che alla forma. Non si bada, se c'è stata formale istituzione, ma se il querelante è stato sufficientemente beneficato; se anche il beneficio è stato conferito mediante legati, fedecommessi, *donationes mortis causa* (2), serve ad escludere l'inofficiosità. Viceversa la istituzione in erede o la diseredazione formalmente regolare (ma intrinsecamente ingiusta) non valgono ad escludere la

---

l'erede legittimo dovesse agire davanti diverse sezioni della corte, ottenendo sentenze discordanti (fr. 25, § 1 D. *h. t.*). Altri casi, in cui il testamento rimane parzialmente in vigore, v. fr. 15, § 2 fr. 24 pr. D. *ib.*

(1) In forza di un provvedimento legislativo? *Lex Glitia* (fr. 4 D. 5, 2)? Cfr. Eisele, *Ztschr. d. S. S.*, R. A., XV, p. 256 sgg.

(2) § 6 I. 2, 18. Atti *inter vivos* che servono allo stesso scopo sono ivi accennati: essi appartengono tutti al diritto nuovo: fr. 25 pr. D. 5, 2 (interp.); c. 35, 2 C. 3,28; C. 29 c. 30 § 2 *ib.*

querela, se il legittimario non ha avuto in complesso una determinata porzione di beni del testatore (1).

636. Per istituire la querela occorre essere in condizione da succedere *ab intestato*, almeno *iure praetorio:* tuttavia la prassi centumvirale, che rimase qui pure determinante, non ammise che discendenti, ascendenti e fratelli e sorelle: questi ultimi anzi nel solo caso che loro fosse preferita una *turpis persona* (2). Vi ha tuttavia *successione nella querela* (3): se chi viene prima o non vuole o non può querelarsi o viene respinto, può farsi avanti chi gli subentrerebbe nella eredità intestata (4).

Occorre in secondo luogo, che non si tratti di testamento militare (5).

Occorre in terzo luogo, che non vi sia altro rimedio meno odioso, di cui il legittimario possa valersi (6). Se quindi taluno è istituito *ex asse*, ancorchè l'eredità sia totalmente assorbita da legati o fedecom-

---

(1) La prassi centumvirale aveva fissato il *quarto* (Plinio, Ep. 5, 1, § 9) di quanto avrebbe avuto il legittimario succedendo *ab intestato*. E per vero tre quarti della sua porzione potevano sempre togliersi all'erede testamentario o legittimo, gravandolo di legati o fedecommessi. Giustiniano (Nov. 18) pe' discendenti stabilisce che il *minimum* dev'essere 1[3 della porzione legittima, se il defunto non lascia più di 4 figli, di 1[2, se ne lascia di più.

(2) Fr. 1 e 24 D. 5, 2. Costantino limitò il diritto ai fratelli e alle sorelle consanguinei (c. 1 C. Th. 2, 19; c. 27 C. 3, 28).

(3) Fr. 31 pr. D. 5, 2: «placuit... ut fiat successioni locus».

(4) Fr. 31 pr. D. cit.; fr. 14 *ib.*

(5) Fr. 27, § 2 D. cit.

(6) § 2 I. 2, 18.

messi, non dovrà ricorrere alla querela, potendo trattenere la quarta *falcidia* o *pegusiana* (1): l'*impubere* adottato, che può impetrare la quarta *divi Pii* (v. libro seguente), non ha bisogno della querela, ecc. Appunto per questo suo carattere odioso (2), essa si estingue colla morte del legittimario (a meno che sia stata da lui preparata) (3); per qualsiasi atto anche non esplicito di rinuncia (4) e pel non esercizio in un periodo determinato (5).

Occorre che non siavi giusta ragione, per cui il testatore abbia privato in tutto o in parte il legittimario della sua porzione. L'esame di tali ragioni era lasciato al criterio dei giudici o del magistrato.

637. Giustiniano fonde in un sol sistema quello formalistico della diseredazione a quello della querela. *Si devono istituire* ascendenti e discendenti, almeno per una minima porzione (salvo a completare con altre disposizioni la qualità necessaria), purchè non esista alcuna delle giuste cause, *per cui solamente ora è lecito diseredare*. Queste giuste cause sono 14 pei discendenti e 8 per gli ascendenti (6);

---

(1) Paul., *Sent.*, 4, 5, § 5.

(2) L'odiosità era già insita nel *color* assunto nella prassi centumvirale per annullare il testamento; è ancora più manifesta nella nuova *accusatio testamenti* (fr. 31 pr. D. cit.).

(3) Pr. 6, § 2; fr. 7 D. 5, 2. Giustiniano ne ordinò la trasmissibilità generale *ai discendenti*: c. 34 C. 3, 28.

(4) Fr. 32 D. cit.; § 4 I. cit. Viceversa chi intenta la querela decade, siccome indegno, dai legati e fedecommessi ordinati a suo favore nel testamento attaccato; fr. 8, § 14 D. cit.; § 5 I. cit.

(5) Da ultimo fissato in 5 anni (c. 36, 2 C. cit.; fr. 8 § 17 D. cit. int.).

(6) Nov. 115 c. 3 e 4. È mantenuta però l'*exheredatio*

esse devono addursi nominativamente nel testamento. Il legittimario, al quale è stato lasciato (o in forma di istituzione, se ascendente o discendente; o in qualsiasi forma, se altrimenti) meno del dovuto, non intenta più la querela, ma un'azione personale contro l'erede o il coerede per ottenere il *supplemento* della sua parte (1); tale azione è trasmissibile e non è soggetta alle altre limitazioni della querela, di cui non partecipa al carattere odioso. Tale azione non toglie efficacia (salve le riduzioni) alle disposizioni testamentarie.

La querela s'intenta oramai o dal discendente o ascendente che non sia stato istituito o sia stato ingiustamente diseredato o dagli altri legittimarii, a cui nulla sia stato lasciato: ma essa non ha altro effetto che quello di annullare le istituzioni. e di mettere il querelante al posto dell'erede o degli eredi istituiti: il resto del testamento mantiene la sua efficacia (2).

638. Il legittimario potrebbe non avere la porzione dovutagli, neppure coll'annullamento delle disposizioni di ultima volontà, pel fatto che il testatore ha dato fondo in sua vita con eccessive liberalità ai propri averi. Donde il rimedio (probabilmente segnato la prima volta da una costituzione di Alessandro il Severo: fr. 87, § 3 D. 31) della *querella*

---

bona mente facta (ossia nel beninteso interesse dello stesso diseredato).

(1) Si cominciò a riconoscere utile per escludere la querela una apposita disposizione del testatore in questo senso (c. 4 C. Th. 2, 19). Pel diritto giustinianeo (c. 30 C. 3, 28; § 3 I. 2, 18; fr. 25 D. *h. t.* interp.) tale disposizione non occorre.

(2) Nov. 115 c. 3 § 14; c. 4 § 9.

inofficiosae donationis o *dotis* (avente i medesimi requisiti soggettivi e oggettivi della *querella inoff. t.*) (1) con cui il legittimario può, cominciando dalle più recenti, attaccare simili liberalità esorbitanti per ottenere la loro rescissione totale o parziale nella misura che occorre a integrare la legittima (2).

639. A mo' di appendice diremo qui colla massima brevità dei diritti dei patroni preteriti o non sufficientemente contemplati nei testamenti dei loro liberti. La legge delle XII Tavole non chiamava il patrono alla successione del liberto, che ove costui non avesse lasciato *heredes sui* e non avesse fatto testamento. Il pretore però volle che il liberto lasciasse al suo patrono almeno la metà de' suoi beni, accordandogli altrimenti una *bonorum partis dimidiae possessio*. Lo stesso avveniva se il liberto moriva intestato, lasciando *heredes sui*, che non fossero naturali suoi discendenti (figli adottivi, *uxor in manu* di lui o del figlio). Invece gli altri *liberi*, che potevano chiedere la *bonorum possessio unde liberi* erano preferiti al patrono (purchè non diseredati) (3). La legge Papia Poppea ordinò che si serbasse al patrono una *portio virilis* dei beni del liberto, che fosse morto testato o intestato, con un patrimonio di almeno centomila sesterzii e non più di *tres liberi*. Siccome poi la stessa legge aveva concesso alla liberta fruente del *ius liberorum* di fare testamento *sine tutore* (*patrono*) *auctore*, provvide che al patrono

---

(1) Cfr. *fragm. vat.* §§ 270, 271, 280-282; Cod. 3, 29 e 3, 30.

(2) Questo è il principio prevalso (c. 8 pr. C. 3, 30; c. 1 C. 3, 30) a differenza del trattamento delle *inofficiosae donationes*.

(3) Gai., 3, 41.

medesimo spettasse almeno una *virilis portio* (1). Il pretore chiama alla *bonorum possessio* in mancanza del patrono anche i suoi discendenti maschi e agnatizii; la legge Papia chiama in alcuni casi anche la figlia del patrono, purchè avente il *ius liberorum.* La patrona è chiamata in varii casi dalla *lex Papia*, purchè abbia un certo numero di figli che è pure variamente determinato (2); parimenti al *filius patronae civis romanus liberis honoratus* (3).

A tutela dei diritti patronali erano due azioni, con cui si potevano far rescindere gli atti compiuti a diminuzione del patrimonio in frode dei diritti medesimi; l'*a. faviana* se il liberto muore testato; la *calvisiana*, se muore intestato (Dig. 37, 5; *fragm. de formula fabiana;* Lenel, *Pal.*, II, 1231 *sg.*).

640. Tutto questo non vale pei latini giuniani. nè pe' deditizii: questi liberti non hanno il diritto di fare testamento (4). Inoltre pe' liberti latini giuniani e pe' deditizii che sarebbero stati (se non fosse il vizio) (5) nella condizione di questi ultimi, non può parlarsi di vera successione del patrono; essi *moriuntur ut servi* e i loro beni vanno ai patroni o ai loro eredi *iure peculii* (6). La modificazione introdotta dal senatoconsulto largiano (7) non

(1) Gai., 3, 42-44.

(2) Gai., 3, 49-52.

(3) *Ib.* § 53. Tutti questi diritti (come il diritto alla successione legittima sui beni del liberto intestato o senza discendenti) spettano ai discendenti del patrono o della patrona *iure proprio* e affatto indipendentemente dalla loro qualità di eredi (Gai., 3, 57).

(4) Gai., 3, 56, 75.

(5) Gai., 3, 76.

(6) Gai., 3, 57-62: passo molto istrutttivo.

(7) Gai., 3, 63 sgg.

fu che secondaria; il sistema fondamentale rimase immutato.

Nel diritto giustinianeo i liberti, come sappiamo, sono tutti ricondotti alla prima categoria (1), sono tutti *cives* romani. Se la loro sostanza non arriva a centomila sesterzii, possono testare a loro modo; morendo intestati, la trasmettono integra ai discendenti. Solo in mancanza di testamento e di *liberi*, subentra quale successore legittimo il patrono. Se la loro sostanza supera quel limite, e non hanno *liberi* o li hanno giustamente privati della eredità, devono lasciare nel testamento almeno un terzo al patrono (che sarebbe il successore *ab intestato*); il patrono potrà istituire la querela, se completamente escluso; agire pel supplemento, se insufficientemente contemplato (2).

CAPO IV.

Acquisto dell'eredità.

641. L'acquisto dell'eredità coincide colla delazione per gli *heredes sui et necessarii* e per gli *heredes necessarii*. Ai primi tuttavia il pretore accorda il *beneficium abstinendi* (3), che li esonera dal rispondere del passivo ereditario (« ut, quamvis credito-

(1) § 4 I. 3, 7.

(2) c. 4 C. 6, 4; § 3 I. 3, 7.

(3) Il *beneficium* è accordato anche alle persone *in mancipio*, sebbene siano nella categoria degli *heredes necessarii*: Gai., 2, 158-160.

ribus hereditariis iure civili teneantur, in eos actio non detur ») (1); i beni non si vendono al loro nome, ma a quello del defunto (2). Tale *beneficium* non ha bisogno di essere domandato; si perde dall'erede *pubere* che siasi immischiato nei beni ereditarii; che abbia assunto le azioni ereditarie o risposto affermativamente ad analoga *interrogatio in iure* (3). La rinuncia può essere riparata; nel diritto nuovo nello spazio di tre anni (4). L'erede che si astiene non cessa nominalmente di essere erede; quindi il testamente non cade come destituito; le sostituzioni, *manumissioni*, nomine di tutori restano valide (5). Contro l'immissione dell'erede *pubere* non resta che lo straordinario rimedio della *restitutio in integrum*.

L'erede necessario non può invece divincolarsi dalla eredità; non può evitare l'ignominia che i beni vengano venduti in suo nome. Ma egli può domandare una separazione dei beni, perchè la sua responsabilità sia limitata alla misura dell'attivo ereditario (6); in modo da non dovere rispondere nè colla persona nè coi suoi acquisti futuri (7).

642. Nel diritto classico l'erede volontario può acquistare l'eredità o coll'atto formale della *cretio* o con una semplice dichiarazione di volontà (*nuda voluntas*) o coll'assumere senza alcuna esplicita dichiarazione la gestione degli affari ereditarii (*gestio pro*

---

(1) Fr. 57 pr. D. 29, 2.

(2) Gai., 2, 158.

(3) Fr. 57 pr. D. cit.; fr. 7 D. 28, 8; fr. 12 pr. Digesto 11, 1.

(4) c. 6, § 1 C. 6, 31.

(5) Fr. 12 D. 28, 6; fr. 32 D. 40, 4.

(6) Fr. 1, § 18 D. 42, 6.

(7) Gai., 2, 153-155.

herede) (1). La *cretio* (dichiarazione orale (2) solenne (3) avanti a testimonii) (4) è indispensabile, quando l'erede sia stato istituito *cum cretione*. In tal caso se il testatore ha disposto: « Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis... quodni ita creveris exheres esto, » l'eredità non si può acquistare a Tizio per altro mezzo, nè a lui gioverebbe esporre avanti a testimonii la sua volontà di accettare (5) o *gerere pro herede* (6). Se il testatore non ha diseredato esplicitamente l'erede in caso di mancata *cretio*, ma gli ha solamente nominato un sostituto (*si non creveris, tum P. Mevius heres esto*) (7), egli può diventare erede *pro herede gerendo*, ma anche il sostituto diventa erede per l'adempirsi della condizione: concorrono dunque entrambi e si dividono l'eredità (8).

La *cretio* è legata a un termine, ordinariamente di 100 giorni (più lungo e allora riducibile dal pretore o più breve) (9). È *volgaris* la *cretio*, se il testatore non vuol tenere conto che dei giorni *quibus* [*heres*] *scierit poteritque*: è *continua*, se il termine

---

(1) Gai., 2, 167.

(2) Gai., 2, 166.

(3) *Ib.*: Ulp., 22, 28: palinsesto di Autun §§ 38, 42.

(4) Varro, *De l. l.*, 6, 81. Due testi secondo il palinsesto di Autun, § 42.

(5) Palinsesto di Autun, § 39.

(6) Gai., 2, 167.

(7) Gai., 2, 177.

(8) Gai., 2, 177, 178, ove sono cenni su questioni relative. Ulpiano (22, 34) c'informa che « postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres », escludendo così il sostituto.

(9) Gai., 2, 170.

scade inesorabilmente nonostante che l'istituito ignori la sua vocazione o non possa altrimenti *cernere* (1).

La *cretio* non esiste più nel diritto giustinianeo (2). In essa l'eredità si acquista dall'erede volontario o per dichiarazione esplicita (3) o per *gestio pro herede* (4).

La *bonorum possessio* doveva chiedersi formalmente al pretore o al preside entro i termini stabiliti (5); nel diritto nuovo però la domanda si può indirizzare senza veruna forma determinata a qualsiasi magistrato (6).

643. Come sappiamo, l'adizione dell'eredità non comporta termine o condizione (7). Essa è per eccellenza atto di dichiarazione di volontà; non può dunque essere compiuta da un infante o da un pazzo, nè da chi non sia conscio del proprio diritto (8). Essa è atto che importa oneri ed obblighi gravi e però chi non può obbligarsi senza intervento di tutore o curatore non può senza tale intervento adire una

---

(1) Nella *cretio volgaris* i *dies* sono dunque *utiles ratione initii* e *ratione cursus*: Gai., 2, 171-173.

(2) Il commentario del palinsesto di Autun presuppone in pieno uso la *cretio* nel 4 secolo. La c. 8, § 1 C. Th. 8, 18 (= c. 17 C. 6, 30) non importa totale abolizione di questo istituto; sebbene nella redazione del codice siasi data al passo tale portata.

(3) Avanti testimonii? V. palinsesto di Autun, *l. c.*

(4) § 7 I. 2, 19. Sulla intenzione corrispondente v. fr. 20 pr., § 1 D. 29, 2.

(5) Parafr. dello *Ist.*, III, 9, § 10.

(6) c. 9 C. 6, 9; § 12 I. 3, 9.

(7) Fr. 51, § 2 D. 29, 2 (fr. 77 D. 50, 17 = relativo alla *cretio*).

(8) Fr. 9; fr. 63; fr. 17 pr.; fr. 19; fr. 32, § 2 Digest. 29, 2.

eredità. Chi è soggetto all'altrui potestà non può per la stessa ragione adire senza il *iussus* del *paterfamilias:* Gai. 2, 87. Il diritto civile non ammette rappresentanza nell'adizione di eredità. Invece per la *bonorum possessio* si ammise che la domanda potesse essere fatta validamente da un rappresentante e cioè (oltre che da chi ha la procura) dal tutore per il pupillo, dal padre per l'infante (fr, 7, § 2 D. 37, 1) e che provvisoriamente tale *bonorum possessio* si potesse concedere con speciale decreto su istanza del *curator furiosi* (fr. 1 D. 37, 3). Nel diritto nuovo l'adizione può essere compiuta dal padre o dal tutore a nome dell'*infans* (1).

644. Le leggi *Iulia et Papia Poppaea* tolsero a certe categorie di persone, che pur avevano la testamentifazione passiva, il *ius capiendi hereditates legatave* in base a un testamento (2). Tale incapacità è piena pei *caelibes* (dopo l'età stabilita nelle leggi); parziale pei coniugati senza figli e forse per gli uomini vedovi o divorziati con prole. I coniugi che non hanno figli della loro unione sono parzialmente incapaci di ricevere l'un dall'altro in misura diversa secondo i figli morti o quelli nati da un'altra unione (3). Non occorre che i requisiti del *ius capiendi* esistano al momento dell'aperta successione; basta che si verifichino entro i 100 giorni dalla

---

(1) c. 8 pr. C. Th. 8, 18; c. 18 pr. C. 6, 30.

(2) Si fa eccezione pe' parenti fino al 6.° grado (e per taluno del 7.°) e pe' più prossimi affini: *fr. vat.* §§ 216-219. Inoltre vi hanno dispense personali (ad es. Dion., 55, 2). Le leggi in parola non si riferiscono ai testamenti militari.

(3) Gai., 2, 286, 286*a*: Ulp., 15 e 16.

delazione (1). Tali incapacità furono tolte nel periodo cristiano (2). Giustiniano abolì pure (colla unificazione dello stato dei liberti) l'incapacità dei *latini iuniani*, che non fossero divenuti cittadini entro i 100 giorni dalla delazione (3). Le *feminae probrosae* sono parimenti escluse dal *ius capiendi legata hereditatesque* finchè perdurino nella loro riprovevole condotta (4): è anzi questo l'unico caso di *incapacitas* in senso tecnico, che si mantenga nel diritto giustinianeo (5).

645. L'accettazione o il ripudio non possono farsi prima che la successione sia deferita personalmente a chi intende compiere tale atto (fr. 21 § 2 D. 29, 2). Tale delazione può essere posteriore all'apertura della successione: all'erede legittimo l'eredità non è deferita prima che vada deserto il testamento, ecc. Giustiniano permise di inoltrare la domanda della *bonorum possessio* dopo l'apertura della successione, e prima della delazione personale all'instante (6). Per regola generale il chiamato può aspettare

---

(1) Ulp., 17, 1; 22, 3.

(2) c. 1 e 2 C. 8, 57 (58).

(3) Gai., 2, 275; Cfr. Vangerow, *latini iuniani*, pagina 112 sg.

(4) Mühlenbruch, *Continuaz. di Glück*, XXXIX, p. 262 Questa incapacità è tenuta ferma anche di fronte ai testamenti militari (fr. 41, § 1 D. 29, 1).

(5) Ferrini, *Legati*, p. 130. Vi hanno poi i *bona ereptícia* che si strappano a coloro che li hanno acquistati come indegni (p. es. perchè non si sono curati di ricercare i colpevoli della morte del *de-cuius*) e si fanno passare al fisco o (raramente) ad altre persone coi loro oneri: D. 34, 9.

(6) c. 9 C. 6. 9: fr. 1, § 1 D. 38, 17 (interp.)

quanto gli piaccia prima di adire o ripudiare l'eredità: nel diritto nuovo è qui pure applicabile la prescrizione trentennale, a cui sono soggette le azioni personali e reali. Lo stato di eredità giacente è sicuramente dannoso; l'indecisione nuoce ai creditori ereditari, ai sostituti, agli eventuali successori legittimi ed è davvero singolare come non si sia mai introdotto un mezzo *diretto* per spingere i vocati ad una sollecita deliberazione. Lo stato d'indecisione cessa del resto:

a) per la perdita della facoltà di adire, che ha luogo colla morte del chiamato (tranne i casi già veduti di trasmissione), colla perdita della *testamentifactio passiva* (1) e nel diritto pregiustinianeo collo spirare del termine della *cretio* (Gai., 2, 166). Anche il compiersi dell'*usucapio pro herede* serviva anticamente all'uopo; essa però perdette questa efficacia dal momento che Adriano concesse contro l'usucapiente un'*utilis petitio hereditatis* all'erede chiamato (2).

b) il pretore permette ai creditori ereditarii (e ad altri interessati?) di condurre avanti il suo tribunale il chiamato e d'interrogarlo *in iure* se sia erede, se accetti o repudii la successione. Il pretore, ove costui non intenda rispondere immediatamente, gli accorda uno *spatium deliberandi* che suol essere di 100 giorni e all'uopo riduce anche lo spazio più lungo di *cretio* che sia stato concesso nel testamento. Passato inutilmente tale periodo, il pretore lo tratta

---

(1) § 4 I. 2, 19.

(2) Gai., 2, 57. Non è dunque vero che Adriano abbia abolito tale usucapione; di fronte ai terzi essa continua a compiersi efficacemente.

come rinunciante o permette o la delazione od altri successibili (1) o, in loro mancanza, l'esecuzione sui beni ereditarii (Gai., 2, 167).

c) Brevi sono i termini per la domanda della *bonorum possessio* (2).

646. Nel diritto giustinianeo questi punti sono notevolmente modificati. Sono tramontati varii degli accennati istituti; i termini per la domanda della *bonorum possessio* sono conservati, ma sono di meno rigorosa efficacia (3). Lo *spatium deliberandi* è ormai portato a 9 mesi o l'anno, secondo che concesso da un magistrato o dall'imperatore (c. 22 § 13 C. 6, 30): se trascorre infruttuosamente, si tratta il chiamato *come accettante* (*ib.* § 14*a*).

E questo un principio singolare; poichè del resto per l'accettazione occorre un atto esplicito e positivo. La rinuncia non ha dunque bisogno di essere espressa; infatti finchè uno non acquista non può subire veruna conseguenza della successione. La rinuncia esplicita può essere opportuna ad evitare malintesi (4); essa non può farsi che da chi può anche accettare (fr. 18 D. 29, 2) ed è anzi da notare che il padre o il tutore non possono rinunciare per l'infante o il pupillo.

---

(1) Fr. 69 D. 29, 2.

(2) 100 giorni di regola; 1 anno pe' successibili in linea retta (§ 9 I. 3, 9). Lo spazio è utile *ratione initii* e *cursus*: v. *supra*.

(3) La c. 8 C. 6, 9 ammette scuse che non sono senz'altro implicite nell'*utilitas temporis*.

(4) Occorre avvertire come la rinuncia operata prima dello scadere de' termini della *cretio* non era definitiva e poteva essere eliminata con una *cretio* successiva entro i termini utili: Gai., 2, 168.

647. La perdita del diritto di accettare o la rinuncia ha diversi effetti, secondo la configurazione oncreta del rapporto. Se vi sono altri coeredi che acquistano, si opera accrescimento: se vi sono sostituti, questi subentrano nella porzione dell'erede mancante. Il sostituto *succedit cum onere*, come fu ammesso in base ad una costituzione di Settimio Severo o Caracalla (fr 61, § 1 D. 31). Se l'erede deficiente è l'unico istituito nel testamento o se vengon meno tutti gli istituiti, l'eredità si devolve a quelli chiamati *ab intestato*. Se i primi chiamati dalla legge vengono meno, *iure civili* la successione resta vacante: solo i senatoconsulti tertulliano e orfiziano ammettono nei limiti delle eredità da loro regolate la devoluzione a quelli chiamati in luogo successivo. Invece per le *bonorum possessiones* la devoluzione ha luogo entro la classe da grado a grado e quindi, esauriti i gradi, da una classe all'altra. Giustiniano cominciò ad ammettere la successione dei gradi nell'ordine degli agnati (1); nel diritto delle Novelle poi la *successio ordinum et graduum* è fondamento del sistema.

Se la eredità rimane vacante, i creditori ereditarii possono domandare l'esecuzione sui beni che la compongono: l'asta si fa a nome del defunto. Però secondo le leggi Giulia e Papia Poppea i beni si devolvono all'erario (indi al fisco), che non li ripudii; esso assume il pagamento degli oneri e dei debiti

---

(1) § 7 I. 3, 2. Secondo taluni interpreti tale *successio* vi sarebbe stata anche nella classe *unde legitimi* delle *bonorum possessiones*; altri più logicamente lo negavano, poichè in tale classe il pretore non chiama che quelli vocati dalla legge (Gai., 3, 28).

fino a concorrenza dell'attivo (1). In caso di ripudio, uno de' servi liberati nel testamento o un terzo a fine di impedire la irrimediabile caduta delle manumissioni può farsi *addicere* i beni, dando cauzione di pagamento ai creditori ereditari (2).

Da ultimo è da avvertire che il diritto nuovo preferisce sapientemente allo Stato altri enti collettivi nel diritto di raccogliere i beni vacanti sull'esempio di quello, che già nel diritto classico era stato stabilito circa il diritto della legione di raccogliere l'eredità vacante del milite (3): e così troviamo chiamate le curie (4), certi collegi (5), le Chiese o i monasteri (6).

643. L'acquisto dell'eredità, si operi *ipso iure* o mediante adizione, ha per effetto di rendere l'erede titolare di tutti i diritti patrimoniali trasmissibili, che spettavano al defunto, di renderlo responsabile integralmente delle costui obbligazioni trasmissibili e di collocarlo rispetto alle prescrizioni ed usucapioni nella posizione, in cui questi si trovava. Il possesso delle singole cose non può però ottenersi senza atto particolare di apprensione, come sappiamo. Il patrimonio del defunto si congloba quindi con quello dell'erede; se ne forma uno solo con gravi reazioni

---

(1) Gai., 2, 150; fr. 96, § 1 D. 30; fr. 11 D. 49, 14; fr. 1, § 1 D. *ib.* I casi di vacanza si erano moltiplicati colle numerose *incapacitates* introdotte da questa legislazione.

(2) Inst. 3, 11: « addictio bonorum libertatis causa ».

(3) Fr. 6, § 7 D. 28, 3. Non dissimulo però il sospetto d'interpolazione: cfr. c. 2 C. 6, 62.

(4) c. 1 C. Th. 6, 2.

(5) c. 1 5 C. 6, 62.

(6) c. 20 C. 1, 3.

(si estinguono i diritti reali spettanti a un patrimonio sulle cose dell'altro, le obbligazioni intercedenti fra' due patrimoni, ecc.). Tale confusione dei patrimonii e tale responsabilità illimitata per le obbligazioni del defunto presentano inconvenienti diversi, a cui si è cercato ovviare.

649. I creditori del defunto possono essere gravemente pregiudicati dal fatto, che il patrimonio del loro debitore si confonda con quello passivo ed oberato dell'erede, in modo da vedersi in concorso sugli stessi beni coi creditori proprii di quest'ultimo. Lo stesso dicasi dei legatari. Il pretore ammette che essi possano rivolgergli una domanda allo scopo di tenere in ordine alla esecuzione distinte le due masse di beni: tale domanda può venire accolta, quando sianvi giuste ragioni, le masse sieno ancora discernibili e i beni non sieno ancora stati alienati, non sieno passati già cinque anni dall'acquisto dell'eredità e non siavi stato da parte de' creditori del defunto atto di riconoscimento dell'erede, come loro debitore (1). In tal caso i beni ereditarii servono anzitutto al pagamento dei debiti correlativi: l'erede e i suoi creditori potranno valersi di quello che avanza. I creditori ereditarii perdono però con tale domanda il diritto di esperire le loro eventuali pretese residue sul patrimonio proprio dell'erede, cui hanno rifiutato di riconoscere come loro debitore (2).

---

(1) Fr. 1 pr., fr. 6 pr [illegible] §§ 10-15 D. 42, 6. Cfr. Baviera, *Separatio bonorum* (*Docum. di storia e diritto*, 1899); Ferrini, *Sulla separatio bonorum* (dall'*Arch. giur.*, 1899). In quest'ultimo lavoro è dimostrato che il termine di cinque anni è introdotto dai compilatori per via d'interpolazione.

(2) V. i fr. 1, § 17; fr. 3, § 2 e 5 D. cit. Nel citato lavoro

Sulla *separatio bonorum* chiesta invece dall'erede necessario si è già parlato.

650. Per salvaguardare l'erede contro le conseguenze della responsabilità assunta, il pretore non aveva di meglio che la *restitutio in integrum* dell'erede minorenne. Per l'erede maggiorenne poteva invocarsi analogo beneficio dal Principe, ove si riuscisse a provare una giusta causa di errore (1): questo provvedimento non fu mai elevato a regola generale, se non pei soldati (2).

Giustiniano limita la responsabilità dell'erede alle *vires hereditatis*, purchè il delato entro due mesi dalla notizia della delazione faccia un inventario dei beni ereditarii, coll'assistenza di testimoni e avanti il *tabularius* e rinunci a chiedere lo *spatium deliberandi* (3). Si chiama questo rimedio *beneficium inventarii*.

651. Nel caso di più coeredi, debiti e crediti si dividono *ipso iure* fra di loro, come sappiamo: sui beni corporali sorge un rapporto di comunione, che ha il suo esito nel *iudicium familiae erciscundae*, di cui pure s'è parlato.

Quando più successori concorrono, può sorgere l'ipotesi della collazione. Questa consiste nell'obbligo che ha uno dei successori di far parte agli altri concorrenti di qualche suo particolare acquisto indipendente dalla successione.

---

ho dimostrato che il fr. 3, § 2 (e in parte il fr. 1, § 17) è interpolato: donde si può arguire una diversa tendenza nel diritto giustinianeo.

(1) Gaio, 2, 163 parla del provvedimento di Adriano come personale od eccezionale. Il palinsesto di Autun foglio 109 § 29 sgg. presuppone trattarsi di rimedio comune facile a impetrarsi,

(2) § 6 I. 2, 19.

(3) c. 22 C. 6. 30; § 6 I. 2. 19.

La più antica figura di *collatio* è quella introdotta dall'editto pretorio a carico dei *liberi emancipati*, che vengono in forza dell'editto stesso *unde liberi* o *contra tabulas* alla *bonorum possessio* del *paterfamilias* insieme agli *heredes sui*. Questi ultimi, rimanendo nella potestà del *paterfamilias*, nulla hanno potuto acquistare in proprio; i loro acquisti hanno servito ad aumentare il patrimonio del *paterfamilias*, che ora si devolve in successione, mentre gli emancipati hanno potuto liberamente acquistare. Il pretore non li ammette pertanto alla *bonorum possessio*, se non danno cauzione (1) ai *sui* (2) coi quali concorrono in tal maniera (3) e a cui diminuiscono la porzione (4) di farli partecipi di quanto hanno acquistato dopo l'emancipazione (5).

652. Analogo è il concetto che informa la *collatio dotis*. La dote costituita alla figlia pure *in potestate* dal padre o da un terzo rappresenta un beneficio della figlia stessa, che al termine del matri-

---

(1) Fr. 1, § 9 D. 37, 6.

(2) Fr. 1, § 24; fr. 2, § 5 D. *ib.*

(3) Non quindi se concorrono *ex testamento*, c. 1 e 9 C. 6, 20.

(4) Nulla conferisce quindi l'emancipato che domanda la *bonorum possessio contra tabulas testamenti*, in cui il *suus* è istituito per metà (fr. 1, § 5 D. 37, 6). Il padre emancipato, che nella *bonorum possessio* si congiunge nella stessa porzione coi figli rimasti *in potestate*, non conferisce che ad essi, perchè di essi soli diminuisce la parte: fr. 1, § 13 D. 37, 8.

(5) E quindi di tutto il loro patrimonio: *collatio bonorum:* fr. 1, § 23 D. 37, 6. Da ciò deriva che se più emancipati concorrono con *heredes sui*, la posizione di questi è migliore: questi pigliano da tutti gli emancipati, mentre a questi non si fa collazione: v. i citati fr. 1, § 24 e 2, § 5 D. *h. t.*

monio può, se diventa *sui iuris*, ottenerne la restituzione. Se quindi essa viene alla *bonorum possessio unde liberi* o *contra tabulas*, il pretore le impone il conferimento della dote a favore degli *heredes sui*.

653. Di queste due collazioni la prima andò perdendo importanza e applicazione man mano che cresceva il riconoscimento dell' indipendenza economica del *filiusfamilias* (v. libro successivo). Coll'ammissione del peculio castrense (fr. 1, § 15 D. 37, 6), quasi castrense e dei *bona adventicia* si sottraevano intere categorie di acquisti all' ambito della collazione; giacchè conferire si dovevano quegli acquisti che il *suus* non avrebbe potuto fare. Nel diritto ultimo delle Novelle, da cui la *bonorum possessio unde liberi* scompare, perchè assorbita nella nuova successione legittima de' discendenti (Nov. 118) e la *b. p. contra tabulas* cede di fronte alle azioni di rescissione di istituzione e di supplemento di quota (Nov. 115), può ritenersi inapplicabile questa forma primitiva di collazione. Invece la *collatio dotis* si mantiene, mutando però significato e natura. La collazione della dote avventizia cessa col riconoscimento della proprietà de' *bona adventicia* anco nei figli *in potestate;* la collazione della dote profettizia comincia a considerarsi come dovuta in quanto che la dote stessa può ritenersi un' anticipazione fatta dal *paterfamilias* sulla sua futura successione. Notevole in questo senso, oltre che l'estensione di questa collazione alla successione legittima (fr. 1 pr. D. 37, 8), è che Gordiano ammetta che la dote profettizia sia da conferire anche agli altri discendenti emancipati (c. 4 C. 6, 20). Nel diritto nuovo troviamo imposta tale collazione a favore dei discendenti in genere, che succedono ad un comune ascendente (c. 17 C. *ib.*) paterno o ma·

terno; sicchè non è più la considerazione della *patria potestà*, che prevale; ma quella del vincolo uguale che astringe i successori al defunto. Alla dote fu assimilata la donazione fatta in vista del matrimonio dall'ascendente al discendente (c. 17 cit.) nonchè quella fatta per procurare una carica (*ad emendam militiam:* c. 20 cit.): non invece le donazioni semplici, salvo che il donante lo abbia disposto o che il donatario domandi al coerede il conferimento di una liberalità qualificata (c. 20, § 3 cit.). La ragione è manifesta. L'ascendente che dota, dà i mezzi per mettere casa o per ottenere una professione adempie ad un suo dovere e poichè da tale contegno non appare che egli voglia preferire un discendente ad un altro (per cui, data l'occasione, è da credere che farebbe altrettanto), devesene tener conto nei rapporti successorii. Nelle donazioni semplici (quando non siano fatte per equilibrare una liberalità qualificata) invece non v'è alcuna necessità e convenienza che astringa il donante; se costui dona, è proprio perchè intende beneficare in modo particolare il donatario ed esigere la collazione di queste donazioni, come fanno taluni diritti moderni, è un disconoscere del tutto il fondamento dell'istituto. Presupposto naturale della collazione è che si succeda *ab intestato* o contro il testamento; infatti se l'ascendente ha testato, aveva il mezzo di fare quei conguagli, che noi non siamo più autorizzati a fare in sua vece. Ma Giustiniano nella Nov. 18 estese la collazione anche alla successione testamentaria (1).

---

(1) La *collatio* anzichè mediante *stipulatio* suolsi fare ora con apporto reale di beni o deduzioni (v. già fr. 1, § 11, 12 D. 37, 6; c. 17 C. 6, 20).

CAPO V.

Azioni spettanti all'erede.

654. L'erede può esperire le stesse azioni che competevano al defunto; rivendicare le cose ereditarie, la servitù, ecc.; agire per ottenere il pagamento dei debiti. Inoltre compete a lui un' azione generale, colla quale fa valere la sua qualità contro colui, che non intende contrastargli per ragioni particolari l'esercizio di alcuno fra i diritti singoli, di cui si compone il patrimonio ereditario; ma di contrastargli la qualità di erede o impedirgliene l'esplicazione. Tale azione assume la figura di una *rindicatio* (1) (*hereditatis petitio*), non tanto perchè sul patrimonio ereditario competa un diritto reale *sui generis;* ma perchè la qualità di *heres* come il nome è una pertinenza immediata della persona e la *rindicatio* mette appunto in luce questo caratteri (*aio meum esse*). Non c'è dubbio del resto che in tali casi l'erede possa, volendo. ricorrere alle azione speciali, riserbandosi a dimostrare la sua qualità di erede come fondamento della propria legittimazione attiva; ma il convenuto potrebbe con una *praescriptio* « ne praeiudicium hereditati fiat » costringerlo a ricorrere alla *hereditatis petitio*, in cui la questione si pone e risolve direttamente.

Nella *hereditatis petitio* l'attore domanda il riconoscimento della sua qualità di erede; la rivendica

(1) Già nota al tempo delle *legis actiones*: Gai., 4, 17.

delle cose o l'esperimento dei crediti non sono che conseguenze. È per questo che si devolvono nella *hereditatis petitio* anche le cose che si trovavano in mano al defunto, quale depositario, commodatario, ecc., o di cui l'erede è responsabile; anche gli acquisti fatti dai servi ereditarii; anche (dopo le determinazioni del S. C. giuvenziano, di cui diremo) il prezzo che il possessore ha ricavato dall'alienazione delle cose ereditarie o le cose acquisite coi denari ereditarii: è per questo che l'azione mira tanto a ottenere il riconoscimento dei diritti reali, quanto dei personali. Come la *vindicatio specialis* anche la *hereditatis petitio* presuppone che manchi il possesso all'attore e si trovi appo il convenuto; ma qui non devesi assumere sempre il *possesso* in senso materiale (fr. 9 D. 5, 3); manca il possesso all'erede, quando gli è dato godere o esercitare qualche diritto a cui il suo titolo lo abilita; sta il possesso appo il convenuto se costui tiene le cose ereditarie o non paga i debiti o non rende quanto ha ricavato dall' alienazione di cose ereditarie (1). Anche qui del resto si ammise che l'azione potesse darsi contro colui, che *dolo desiit possidere* (2) o *liti se optulit* (3).

655. In conformità alle cose dette non ogni possessore (nel senso lato della parola) può essere convenuto colla *petitio hereditatis*, ma solo colui che possiede *pro herede* o *pro possessore*. Al primo titolo possiede colui, che in buona o mala fede, pretende di essere l'erede e contrasta quindi in tutto

---

(1) Fr. 13, § 15; fr. 16, § 1 D. 5, 3.
(2) Fr. 20, § 6; fr. 25, § 2 D. cit.
(3) Fr. 13, § 13 D. *ib.*

o in parte tale qualità all' attore. *Pro possessore* possiede colui, che si rifiuta di cedere la cosa od adempire l'obbligazione senza addurre ragione e che quindi si oppone all'esplicazione della qualità ereditaria dell'attore. Se invece egli adducesse altre ragioni, sostenesse ad es. di essere domino della cosa per titolo speciale o di avere su di essa un usufrutto o contestasse l' esistenza del credito, è chiaro che sarebbe affatto fuor di luogo un' azione diretta a far riconoscere la qualità di erede, cui il convenuto non pensa nè in teoria nè in pratica di negare; l'attore deve ricorrere ai rimedii particolari, di cui si sarebbe valso il *de cuius*.

656. La *petitio hereditatis* è un'azione arbitraria. Nel diritto antico la condizione del possessore dell'eredità è evidentemente determinata dal fatto che egli è (nonostante l'assenza di titolo e di *b. f.*) tenuto verso l'erede vero a cedergli il profitto delle operazioni regolari e a riparare il detrimento delle irregolari (1). L'*usucapio pro herede* diventa al tempo di Adriano inefficace contro l'erede vero e in connessione con tale riforma sta il Senatoconsulto detto da' moderni giuvenziano (129 d. C.), il quale distingue appunto tra possessori di buona e di mala fede, dichiarandosi tenuti i primi a restituire solo l'arricchimento effettivo, che al momento dell'azione si trova presso di loro (fr. 20, § 6 D. 5, 3). Quindi il possessore di b. f. non è tenuto a rispondere della consumazione o deteriorazione delle cose ereditarie, ancorchè dovute alla sua negligenza o spensieratezza, non parendo riprovevole dal momento che « re sua abuti putat »; invece il possessore di m. f. è tenuto, quando

---

(1) Fr. 20, § 2; fr. 48; fr. 33, § 1; fr. 54, § 2 D. cit.

sia in colpa (1). I frutti delle cose ereditarie *augent hereditatem*; infatti qui non si rivendicano le singole cose, ma si afferma la qualità di erede, che dà diritto a quei frutti. Quindi anche il possessore di b. f. deve rendere i frutti, sebbene percetti prima della *litis contestatio*, purchè li abbia tuttora nelle mani o siasi arricchito colla loro alienazione; il possessore di m. f. deve tutti i frutti percetti e quelli che avrebbe potuto percepire (2). Rispetto alle alienazioni il possessore di b. f. deve il prezzo ricavatone, se tuttora si trovi nelle sue mani; il possessore di m. f. deve il prezzo o il valore attuale delle cose, secondo che torna più vantaggioso all'attore (3). Il possessore di b. f. può dedurre tutte le spese, anche le voluttuarie (poichè tutte diminuiscono il suo effettivo arricchimento); quello di m. f. può dedurre le spese necessarie e anche le utili nella ordinaria misura (4).

657. Il *b. p.* non può valersi della *hereditatis petitio*, perchè a lui manca il titolo di erede, il cui riconoscimento è oggetto precisamente di tale azione. Il pretore ha però provveduto coll'accordargli l'*interdictum quorum bonorum* e poi anche una utile petizione di eredità. Il primo serve a ottenere il possesso delle cose che si trovano nel patrimonio ereditario, ed è dato dai giuristi romani (Gaio 4, 144) come un esempio di *interdictum adipiscendae pos-*

---

(1) Fr. 18 pr.; fr. 25, §§ 2, 11; fr. 31, § 3 D. cit.

(2) Fr. 20, § 3 D. cit.

(3) Fr. 23 pr., fr. 36, § 3 D. cit. Sul fr. 25, § 17 *ib.*; v. Serafini, *Arch. giur.*, XX, p. 403 sgg. (per la rivista delle varie interpretazioni); Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 79 sg.

(4) Fr. 38 D. *h. t.*

sessionis. Esso è il complemento necessario della concessione della *b. p.* (1); per esso chi la ha ottenuta può renderla effettiva col farsi cedere il possesso delle cose che si contengono nell'eredità o almeno di quelle, di cui il concessionario è ancora privo. L'interdetto è dato contro chi si oppone direttamente o indirettamente alla sua concessione e cioè contro chi possiede *pro herede* o *pro possessore* (2) o abbia dolosamente cessato di possedere. Esso non vale contro chi possiede a titolo particolare (e per vero si verrebbe a creare una strana confusione di rapporti): vi ha un interdetto speciale per ottenere le cose che un terzo possiede a titolo di legato (3), nonostante che sia stata data o rimessa la relativa cauzione (4). L'interdetto si dà in base alla concessa *bonorum possessio* e non è valida eccezione pel convenuto la sua qualità di erede civile (5).

Da non confondersi con questo interdetto è la *missio in possessionem* concessa per editto di Adriano all'erede scritto in un testamento estrinsecamente regolare (prescindendo da qualsiasi contestazione intorno a questo) che la domandi entro l'anno e paghi l'imposta ereditaria (6). Nel diritto giusti-

(1) Fr. 1 pr. D. 43, 2.

(2) Loc. cit.

(3) *Vat. fr.*, § 90; fr. 2 D. 43, 3; cfr. Lenel, *E. P.*, p. 362 sg. Nel diritto giustinianeo questo interdetto fu mediante interpolazioni esteso a favore dell'erede: Ferrini, *Legati*, pag. 415 sg.

(4) Nel diritto nuovo l'interdetto è dato contro chiunque a qualunque titolo abbia preso possesso delle cose ereditarie: c. 1 C. Th. 4, 21 = c. 3 C. 8, 2.

(5) c. 1 C. 8, 2; fr. 1 pr. D. cit.

(6) Paul., 3, 5, §§ 14-18 (« sive falsum sive ruptum sive irritum dicatur testamentum »).

nianeo tale *missio* è mantenuta, nonostante l'abro gazione della *vicensima hereditatium* e si può chiedere fino a prescrizione trentennale (1).

658. L'interdetto *q. b.* non serviva che ad ottenere il possesso delle cose ereditarie; non valeva pel riconoscimento dei crediti, ecc. La tutela del *b. p.* fu quindi completata mercè un' *utilis petitio hereditatis:* nel modo stesso che a lui e contro di lui furono date azioni fittizie (*ficto herede*) pei crediti e debiti ereditarii (Gai., 3, 81; 4, 34), così gli fu accordata un'azione generale modellata sulla petizione di eredità. Questa petizione utile aveva presupposti ed effetti analoghi alla diretta; istituita da un *b. p. sine re* contro l'erede civile urtava contro un'eccezione e sotto tale aspetto può paragonarsi alla publiciana (2).

CAPO VI.

Legati e fedecommessi.

659. Il testatore può anche destinare a taluno un'attribuzione di carattere patrimoniale a carico della propria successione, senza conferire titolo e

(1) c. 3 C. 6, 33.

(2) Fr. 1 e 2 D. 5, 5. Si è anche sostenuto che quest'azione sia una creazione del diritto giustinianeo e che il titolo relativo (D. 5, 5) risulti di artificiose interpolazioni (Leist nella *Cont. di Glück*, II, p. 288 sg.); ma v. (sopratutto in base al fr. 13 pr. D. 37, 4 e fr. 3, § 13 D. 37, 10) Lenel, *E. P.*, p. 141 sg.

qualità di erede o prescindendo da siffatto conferimento. Siffatta disposizione si riteneva compresa nel potere del *paterfamilias* di dettar legge *mortis causa* ai proprii beni: « uti legassit... suae rei, ita ius esto ». E anzi a tali disposizioni rimase il nome di *legatum* per differenziarle dalle altre comprese nel testamento, che in senso lato formerebbero altrettanti *legata*.

La più antica forma di legato è sicuramente quella (1), per cui il testatore determina che la proprietà di una cosa a lui appartenente (*tempore testamenti* e *tempore mortis*) (2) si trasmetta al terzo designato da lui, ad es.: *Titio fundum cornelianum do lego.* Questa figura si designa dai giuristi romani col nome di *do lego legatum* (3) o di *legatum per vindicationem* (Gai. 2, 193, ecc.), dall'azione con cui il legatario chiedeva la cosa legatagli, di cui il dominio passava in lui *recta via*, senza bisogno di verun atto di trasmissione da parte dell'erede. Una seconda forma, che presenta tutti i caratteri di un grado intermedio di svolgimento (4), è quella del c. d. *legatum sinendi modo:* per cui il testatore può disporre anche della cosa, di cui non ha il dominio, ma prevede di averlo *mortis tempore* o di cui non ha

---

(1) Ferrini, *Teoria generale de' legati e fedecommessi*, p. 5 sgg. Cfr. Fadda, *Studii per l'VIII cent. dell'Un. di Bologna*, p. 163 sgg. e in risposta Ferrini, *Bull. dell'ist. di diritto romano*, I, p. 111 sgg.

(2) È sufficiente *mortis tempore* per le cose fungibili.

(3) *Vat. fr.*, §§ 47, 57, 83.

(4) Ferrini, *Legati*, p. 13 sgg. Qui parliamo della prima forma e funzione del tipo, che si andò alterando e deformando in processo di tempo per la reazione dei tipi affini.

che un dominio pretorio o che appartiene all'erede. Egli si limita ad obbligare l'erede « sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere »; in origine l'erede era tenuto semplicemente a permettere che il legatario si prendesse la cosa; il legato non l'obbligava a verun atto positivo (1).

660. Più decisiva è stata l'introduzione del legato *per damnationem*, con cui il testatore obbliga l'erede verso il legatario e crea un diritto di credito di questo verso quello. Nella prima sua funzione il legato mirava ad una *datio certae summae*: indi anche *certae rei*; ma non tardò ad ammettersi anco l'obbligo di dare un *incertum* e l'obbligo di un *facere*. Come la *stipulatio*, di cui ha seguìto le fasi, la *damnatio* è affatto indipendente dalle condizioni precedenti di proprietà; sia la cosa del testatore, dell'erede, di un terzo, il legato vale; solo qualora la cosa fosse già nel dominio del legatario, esso non potrebbe consistere. La formola è « heres meus damnas esto Titio... dare » o « facere »; ovvero « heres dato, facito »; l'azione del legatario è personale e dicesi *ex testamento*.

Una forma speciale è quella del legato *per praeceptionem*, che pe' proculiani non costituiva che una varietà del tipo *per vindicationem*, mentre pe' sabiniani esauriva un tipo speciale destinato ai legati da farsi a qualche coerede e avente l'esito suo nell'*actio familiae erciscundae*.

Questi tipi si riconducono (ove si consideri che il *l. sinendi modo* in principio fu un grado di transizione e più tardi diventò sostanzialmente una varietà di *l. per damnationem*) a due essenzialmente

(1) Gai., 2, 214; cfr. Ept. Gai., II, 5, § 6.

diversi: l'uno, per cui la proprietà di una cosa dal testatore si trasmette direttamente per successione particolare al legatario; l'altro per cui si crea un vincolo obbligatorio fra erede e legatario. È il solito dualismo dell'efficacia reale e di quella obbligatoria, che si trova in altri istituti e che, pure alterandosi nei presupposti e nel rigore del trattamento, s'è mantenuto qui come altrove (p. e. nella costituzione di dote), siccome corrispondente alla natura delle cose.

661. Seguendo il maraviglioso senso delle forme, l'antico diritto aveva pur nei termini delle relative disposizioni tenuti distinti nettamente i due tipi. Dove si trattava di una immediata attribuzione di dominio, l'erede non c'entrava, non veniva neppure nominato; il testatore diceva senz'altro «do, lego», ovvero rivolgendosi al legatario: «*sumito, capito, sibi habeto*». Se invece si trattava di costituire una obbligazione, il testatore diceva: «l'erede sia tenuto a dare, a fare» o almeno: «l'erede dia, faccia». Ma tanto rigore di forma co' suoi pregi aveva i suoi inconvenienti. Poteva il testatore credere a torto di essere proprietario della cosa, che diventa solo poi sua *ante mortem*, ad es. per usucapione. Se egli in ordine ad essa avesse ordinato un legato *per vindicationem*, questo sarebbe stato nullo, giacchè niuno può dettar legge circa il trapasso della proprietà di una cosa, non essendone proprietario mentre dispone; ma è certo che tale nullità contraddice alla volontà ed alla convenienza. A maggiore cautela solevano i testatori cumulare nella stessa disposizione le espressioni corrispondenti ai varii tipi: come nel testamento di Dasumio (l. 124); solevano anche adibire in forma di *damnatio* una *confirmatio generalis*, in cui erano riassunti e oc-

correndo convalidati i precedenti legati (1). Tutto ciò restò nell'uso, ma fu superfluo dopo che un senatoconsulto fatto ai tempi di Nerone stabilì che un legato espresso con parole corrispondenti ad un tipo non idoneo al suo contenuto si dovesse salvare, come se fosse stato ordinato colla formola della *damnatio*, che è la più comprensiva (*optimum ius*). Il legato si faceva quindi valere con una azione utile (certamente fittizia) *ex testamento*. Se poi il legato era stato ordinato nella forma *per vindicationem* e alla morte del testatore la rivendicazione fosse possibile, la giurisprudenza arrivò a concedere un'*utilis vindicatio* al legatario (2). Così avvenne che lo stesso atto giuridico producesse un rapporto obbligatorio ed uno reale.

Questa duplicità di rimedii divenne poi generale (tutte le volte che le circostanze obbiettive rendessero possibile l'esperimento della *vindicatio*), quando le formole e le parole speciali furono dichiarate superflue, i legati si poterono lasciare con qualunque espressione (3) ed anche in greco (4).

662 Di fronte al legato troviamo il fedecommesso. Questo nelle origini sue non è un atto giuridico: è una preghiera rivolta all'erede o ad altro beneficato *mortis causa* di far pervenire a nome del *de cuius* un'attribuzione patrimoniale ad un terzo; il disponente si rimette alla *fides*, ossia alla lealtà, alla coscienza del *rogatus*, che non ha altra obbligazione, che quella morale. Si ricorreva a siffatto mezzo, so-

---

(1) Ferrini, *o. c.*, p. 24.
(2) Id., *l. c.*, p. 26 sg.
(3) c. 21 C. 6, 37.
(4) Nov. Theod. 16; c. 21, § 4 C. 6, 23.

vratutto quando non era possibile valersi di altri più sicuri; per l'urgenza, per non avere tempo o modo di mutare il testamento, per la condizione del beneficando (ad es. un peregrino), che non avesse la *testamentifactio passiva* (1). In qualche occasione, in cui la perfidia del fiduciario era di maggiore scandalo, Augusto ordinò ai consoli di « interporre la loro autorità » (ossia di costringere in via amministrativa all'adempimento: § 1 I. 2, 23). Questo intervento divenne a poco a poco normale in modo da esigere la creazione di uno speciale magistrato (imperiale e giudicante *extra ordinem*): il *praetor fideicommissarius* (2). Il fedecommesso può lasciarsi in qualunque lingua; qualunque espressione (purchè abbastanza determinata e sicura) (3) serve all'uopo; nell'uso però fedele alle origini si mantennero specialmente le formole precative. Il fedecommesso può avere per contenuto qualsiasi conferimento di vantaggio economico a favore del fedecommissario; la dazione di cose singole, la rimessione di debiti, ecc., sovratutto la restituzione di tutta l'eredità o di una quota di essa (fedecommesso universale) ne costituiscono l'oggetto. In quest' ultimo caso il fiduciario (erede) veniva compulso a vendere *nummo uno* l'eredità o la quota al fedecommissario. Ma tale vendita non faceva passare le obbligazioni attive e passive, le quali rimanevano tuttavia in capo all'erede, che non

(1) Gai., 2, 285: *Parafr. delle Ist.*, II, 23, § 1.

(2) Claudio istituì due pretori; uno fu tolto da Tito: fr. 2, § 32 D. 1, 2. Nelle provincie tale giurisdizione (di carattere amministrativo) appartenne ai governatori: Svet. *Claud.*, c. 23.

(3) V. l'esame minuto in Ferrini, p. 35-36.

aveva mai cessato di essere tale. S'interponevano reciproche cauzioni, per cui l'erede si obbligava a trasmettere al fedecommissario in tutto o *pro portione* quanto egli avrebbe riscosso *nomine hereditario* e a permettere al fedecommissario di agire « cognitorio aut procuratorio nomine »; viceversa il fedecommissario si obbligava a difendere l'erede nelle azioni contro di lui mosse a titolo ereditario e a tenerlo indenne di quanto avrebbe dovuto pagare per tale titolo ai terzi. Un senatoconsulto detto trebelliano (56 d. C. ?) stabilì tuttavia, che, avvenuta la spontanea e integrale restituzione dell'eredità o quota di essa da parte dell'erede, il fedecommissario potesse convenire i debitori ereditarii ed essere convenuto dai creditori ereditarii « utilibus actionibus » e cioè colle azioni fittizie, che già conosciamo.

663. Il primo riconoscimento de' fedecommessi trasse con sè quello dei codicilli (pr. I. 2, 25). Il codicillo è nella sua origine una scrittura senza formalità; può essere confermato nel testamento (sia *a priori*, sia posteriormente); può anche non esserlo, sia perchè il testamento non ne faccia menzione, sia perchè non si ha testamento. Mentre si ammise in possesso di tempo che un legato si potesse lasciare in un codicillo confermato da testamento (quasi come appendice di questo), tale esigenza non vi fu pe' fedecommessi, che pertanto si poterono lasciare anche *ab intestato* (1). Per la me-

(1) Il riconoscimento del codicillo *ab intestato* rese possibile la clausola codicillare nel testamento: per essa il testatore ordinava che se l'atto suo non potesse valere come testamento, valesse almeno come codicillo. In tal caso l'eredità si deferiva ai successori legittimi: gli ist -

desima ragione il fedecommesso si stimava valido, sebbene scritto nel testamento *prima* della istituzione in erede.

664. Ma sebbene legati e fedecommessi fossero istituti così nettamente distinti nei presupposti e negli effetti, un processo continuo di avvicinamento si presenta subito a chi ne studii le relative ricerche. L' uso di abbinare le formole dell' una e dell' altra figura (ad es., fr. 95 pr. D. 32; fr. 36 pr. D. 35, 1), poi la caduta della procedura ordinaria e da ultimo l'abolizione delle forme speciali per l'ordinamento dei legati e l' introduzione di un tipo unico e disciplinato rigorosamente di codicillo (1) avviarono decisamente alla fusione. In molti casi era in verità arduo decidere, se si fosse davanti ad un legato o ad un fedecommesso. Tale fusione fu compiuta (o, almeno, dichiarata compiuta) da Giustiniano (2).

Ormai non vi ha più che un' unica figura, che si chiama indifferentemente *legato* o *fedecommesso;* essa produce un' azione personale a favore dell'onorato contro colui che è onerato (azione, il cui contenuto si avvicina più alla *petitio fideicommissi*, che

---

tuiti nel testamento si trattavano come fedecommissarii universali; i legatarii come fedecommissarii particolari, ecc. : fr. 3 D. 29, 1; fr. 41, § 3 D. 28, 6, ecc.

(1) c. 7 C. Th. 4, 4 (c. 8, § 3 C. 6, 36). Il codicillo può farsi anche senza scrittura; occorrono però cinque testimoni *rogati vel qui fortuitu venerint;* l'atto deve compiersi nel giorno, in cui fu cominciato. Sul fedecommesso lasciato *sine scriptura et praesentia testium*, ma direttamente partecipato all'onerato v. la c. ult. C. 6, 42 di Giustiniano e sulle questioni relative v. da ultimo Ferrini, *Legati*, p. 311 sgg.

(2) c. 2 C. 6, 43; §§ 2-3 I. 2, 20; fr. 1 D. 30 (interp.).

non all'*actio ex testamento*); inoltre l'onorato ha una ipoteca sui beni della successione pervenuti all'erede gravato (1); da ultimo, se le circostanze lo permettono (2), egli ha anche un' azione reale per rivendicare la cosa destinatagli.

La fusione fra legato e fedecommesso non tolse la distinzione fra la diretta manomissione *mortis causa* (solo impropriamente detta legato) e la c. d. manomissione fedecommissaria (cfr. lib. I); essa si estese invece anche al *legatum partitionis*, che fu assorbito nel fedecommesso universale (3).

La figura risultante si può definire quella disposizione di ultima volontà, per cui taluno o direttamente o pel tramite d'altri fa pervenire a un terzo un'attribuzione economica a carico della propria eredità (4).

---

(1) E per di più il legatario, come sappiamo, può pretendere la *separatio bonorum*.

(2) Ossia se la cosa era *mortis tempore in bonis testatoris:* su questo punto v. Ferrini, *Legati*, p. 43 sgg. e specialmente *Bull. dell'ist. di diritto romano*, III, p. 44, dove questa interpretazione della costituzione giustinianea è stata luminosamente comprovata coll'autorità dei giuristi coevi.

(3) Ferrini, *Legati*, p. 46 sg.

(4) Hartmann, *Begriff des Vermächtnisses:* contro di lui Ferrini, *Legati*, p. 50 sgg. e ora a favore dello Hartmann il Fadda, *Lezioni sul diritto ereditario*, I, pp. 53 93. Il legato è sempre originariamente e suole essere anche dopo un atto di liberalità: esso viene addotto normalmente come tipo di *causa lucrativa*. Il legatario può essere privato però di tutto il lucro per mezzo di un fedecommesso ordinato a suo carico, e se qui si può dire che il carattere di liberalità rimane, sostituendosi la funzione di mezzo a quella di fine, difficilmente può dirsi

665. Onerato è colui che deve prestare il legato (usiamo questa parola nel senso comprensivo che ha nel diritto nuovo); esso può essere chiunque fra quelli « ad quos aliquid perventurum est morte eius (del disponente) vel dum eis datur vel dum eis non adimitur ». Tale è la norma data da Ulpiano pei fedecommessi: fr. 1, § 6 D. 32 (giacchè i legati in senso stretto non potevano lasciarsi che a carico dell'eredità o dell'erede). che è generalizzata nel diritto giustinianeo. Quindi onerato può essere l'erede testamentario istituto o sostituto, l'erede legittimo, il *bonorum possessor*, il fisco che raccoglie i beni, il legatario o fedecommissario, il debitore ereditario (1), il donatario *mortis causa* (2), il donatario *inter vivos*,

---

lo stesso quando tutto il beneficio venga assorbito da un *modus*, sovratutto col trattamento di questo nel diritto nuovo. Può il testatore ordinare il legato sotto una condizione, che imponga sacrificio non inferiore al lucro che il legato reca; può il testatore ordinare in via di legato di vendere o mutuare al legatario, ecc. Qui il concetto di *causa lucrativa* non si mantiene; si mantiene però in senso lato quello di *liberalità*, poichè altro è vendere a mutuare, altro *obbligare* a vendere a un dato prezzo, a mutuare *gratis* o ad un dato interesse; quest'obbligo crea in realtà senza corrispettivo un peso per un patrimonio a tutto vantaggio di un altro. La nullità del *legatum debiti* puro e semplice si può anche spiegare coi principii generali in materia di obbligazione.

(1) Qui veramente onerato è l'erede, che non può esigere il credito e deve permettere che lo esiga il legatario: fr. 77 D. 30. Su altra costruzione (fr. 108, § 13 D. *ib.*) v. Ferrini, *Legati*, p. 84 sg.

(2) Può paragonarsi a un debitore in potenza, in quanto che la donazione è di regola revocabile: *ib.* p. 86. Se nol fosse (fr. 13, § 1 D. 39, 6) il legato non avrebbe base.

se la donazione è revocabile (1). Anche il successore dell'erede o di altra persona onerabile può venire onerato (2). Invece non si può onerare chi riceve quello che gli spetta per legge (3), il pupillo discredato o il suo sostituto (4) e insomma chiunque non riceva *ex voluntate* del disponente a carico (diretto o indiretto) della costui successione (5), o colui che pel fatto stesso che è designato come onerato non si riceve già l'attribuzione (6).

Per la stessa ragione la misura dell'onere non può superare quella dell'attribuzione (fr. 114, § 3 D. 30; fr. 78 D. 30; fr. 96, § 2 *ib.*; fr. 3, § 1 D. 32, ecc.) (7).

In base a un rescritto di Severo e Caracalla si ritennero a carico del sostituto i legati espressamente ordinati a carico dell'istituto: fr. 74 D. 30; fr. 61, § 1 D. 31; c. 4 C. 6, 49 (8) e in base all'analogia di questo rescritto si pretese che colui al quale *iure adcrescendi* si devolvesse l'altrui quota ereditaria fosse tenuto a prestare i relativi legati: fr. 61, § 1 cit. Non deve però ritenersi che l'onere passasse agli eredi legittimi, che subentrassero in luogo di quelli testamentarii venuti meno (9). Il principio, per cui il fisco, che raccoglie i beni va-

---

(1) Arndts, *Cont. di Glück*, II, p. 197.

(2) Fr. 5, § 1; fr. 6 pr. D. 32

(3) Fr. 114, § 1 D. 30.

(4) Vedi *supra*.

(5) Fr. 103 pr. § 1 D. 32.

(6) Fr. 6, § 1 D. *ib.*; Ferrini, *o. c.*, p. 95 sg.

(7) Sul fr. 70, § 1 D. 30 v. Ferrini, *o. c.*, p. 106 seg. e 126.

(8) Sul diritto anteriore cfr. fr. *ib.*, p. 110 sg.

(9) Arg. fr. 1, § 9 D. 32; *o. c.*, p. 117 sg.

canti, è dichiarato tenuto all' adempimento degli oneri, dipende da altre considerazioni (fr. 96, § 1 D. 30).

666. Circa alla misura, in cui l'onere si riparte fra più gravati, è anzitutto da ricordare che nel diritto classico, trattandosi di più coeredi, bisognava distinguere se si avesse un *legatum per vindicationem* o invece *per damnationem* od un fedecommesso. Nella prima ipotesi solo impropriamente si discorre di onere dell'erede; la cosa è sottratta all'eredità e quindi proporzionalmente ad ogni quota ereditaria e devoluta in successione particolare. Ciò è tanto vero che, se il testatore avesse designato qualche coerede in particolare, il legato non vale che proporzionatamente alla sua quota e pel rimanente ha luogo condominio *iure hereditario* degli altri coeredi (1). Nella seconda ipotesi si ammetteva di regola pure che l'onere fosse proporzionale alla quota. Però se il testatore avesse nominativamente indicati i coeredi onerati e invece di dire « i miei eredi daranno a Tizio » avesse detto « Primo, Secondo e Terzo daranno a Tizio », si propendeva ad ammettere con uno squisito sentimento della diversità della formola che ciascuno fosse ugualmente tenuto, qualunque fosse l'entità della sua quota ereditaria (2). Se il legato in tal guisa fu imposto solo a taluni degli eredi, va prestato integralmente; in

(1) Fr. 81, § 4 D. 30; cfr. Paul., 3, 6, § 3. Sul fr. 17 D. 45, 2 v. *o. c.*, p. 120 sg.

(2) Fr. 33 D. 30. Cenno di diversa opinione (sabiniana?) fr. 54, § 3 *ib.* Se il testatore ha designato per nome gli onerati, ma ha aggiunto esplicitamente le loro qualità di eredi, v. Vangerow, *Pand.*, II, § 521, n. 3; Arndts, *l. c.* II, p. 251 sg.

tal caso, non apparendo più veruna correlazione fra le quote e l'onere, ciascuno resta tenuto *pro virili portione* (1). Nel diritto giustinianeo questo trattamento del legato di obbligazione e del fedecommesso deve intendersi divenuto regola generale. Quanto agli altri onerati, noi non abbiamo luce dai testi; se quindi si debba o no ammettere una correlazione fra la misura del beneficio e quella dell'onere, potrà risolversi coll'analogia delle regole accennate. Più onerati in modo alternativo sono, come già sappiamo, correalmente obbligati.

667. Non può essere onorato di legato chi non ha la testamentifazione passiva; le eccezioni esistenti una volta pel fedecommesso sono andate man mano scomparendo e niuna traccia sussiste nel diritto nuovo. A meno che non si voglia risguardare come tale l'ammissione del fedecommesso di famiglia, che si trasmette a diverse generazioni consecutive (Giustiniano ha limitato il numero a quattro), mentre in via generale non ha testimentifazione passiva chi non sia almeno concepito al tempo della morte del *de cuius* (2). Per di più devesi notare che le *civitates* ebbero il diritto di ricevere legati e fedecommessi fin dai tempi di Nerva e Adriano (Ulp., 24. 28); i *collegia* ai tempi di Marco Aurelio; mentre le prime non poterono essere istituite che nel diritto nuovo e i secondi neppure tutti in questo.

---

(1) Fr. 53, § 1 cit.; v. Ferrini, *o. c.*, p. 124 sg. Sull'esposizione delle varie opinioni v. Vangerow, *l. c.* e Serafini, *Arch. giur.*, 128 VII, p. sgg.

(2) Mühlenbruch nella *Continuaz. di Glück*, XXXIX, p. 406 sgg. In via di grazia può essere concesso di provvedere per lascito alimento a deportati o *damnati in metallum:* cfr. Ferrini, *o. c.* p. 151 sgg.

668. La designazione dell'onorato deve pendere dalla volontà del disponente; non può rimettersi alla scelta dell'onerato o di un terzo chi debba ricevere o se uno debba ricevere il legato (1). Però è lecito conferire all'arbitrio dell'onerato o del terzo il designare quale *fra più persone indicate dal disponente* (2) (ad esempio fra' suoi cugini) debba ottenere il lascito ed è parimenti lecito rimettersi all'apprezzamento serio e leale (*arbitrium boni viri* basato su una norma oggettiva e perciò controllabile all'occorrenza in giudizio) dell'uno o dell'altro se uno debba avere il lascito (3). E non è neppure escluso che questo si faccia dipendere da una condizione potestativa pel terzo o per l'onerato (4) (purchè in tal caso il legato non assuma la funzione di una penalità per lui (5); questo divieto dei *poenae nomine relicta* fu però abolito da Giustiniano) (6).

Se il disponente ha designato diversi onorati in modo alternativo, varie dottrine furono esposte dai giuristi romani (teoria della nullità, del cumulo, della prevenzione, della sostituzione, dell'adenzione) (7). Esse sono passate in rassegna da Giustiniano, che dispone nel modo peggiore possibile,

---

(1) Sul fr. 43, § 2 D. 30 e fr. 1 pr. D. 31 sono gravi le controversie: v. l'esposizione in Serafini, *Arch. giur.* IV, p. 166 sgg. Cfr. Ferrini, *o. c.*, p. 164 sgg.

(2) Fr. 7, § 1 D. 34, 5.

(3) Fr. 75 pr. D. 30; fr. 11, § 7 D. 32.

(4) Fr. D. 21; fr. 52 D. 35, 1; fr. 69 (68) D. 28, 5.

(5) Ulp., 24, 17.

(6) § 36 I. 2, 20.

(7) Bernstein, *Die subjcktiv-alternativen Rechtsgesch. von Todeswegen*, p. 7 sgg.

ordinando che in tali disposizioni la particella disgiuntiva sia interpretata come copulativa (1). È però da ritenere sempre lecita la prova di diversa volontà del disponente (2).

669. Se la stessa cosa è stata legata senza indicazione di parti a più persone, nel tipo *per vindicationem* non è possibile altra soluzione che quella di un condominio nascente *concursu* fra collegatarii con conseguente *ius adcrescendi* fra di loro: Gai., 2, 199: nel tipo *per damnationem* occorre distinguere se il legato è fatto a più persone congiuntamente (e allora ciascuna non può chiedere che una parte), o se è fatto separatamente (e allora ciascuna può chiedere il tutto o la sua *aestimatio*) (3). Questo trattamento fu esteso anche al fedecommesso: *vat. fr.*, § 85. Nel diritto giustinianeo la regola generale è che non possano domandare che una quota tanto i collegatarii chiamati *coniunctim*, quanto quelli chiamati *disiunctim*, a meno che in questo secondo caso il disponente abbia *apertissime et expressim* chiamato ciascuno all'intero od all'integrale estimazione (4).

670. Nulla toglie che di legato in lato senso possa onorarsi anche l'erede (5); ciò avviene quando gli si conferisce *mortis causa* una speciale attribuzione, *prescindendo da tale sua qualità*. Se l'erede

---

(1) c. 4 C. 6, 38.

(2) Ferrini, *o. c.*, p. 174 sgg.

(3 Gai., 2, 205; Ulp., 24, 13; *Vat. fr.*, § 85. Circa il *legatum s. m.* v. Gai., 2, 215.

(4) c. 1 § 11-11g C. 6, 51.

(5) Su tutta questa parte v. Ferrini, *o. c.* p. 184 sgg. E contro il Bernstein, *Das röm. Voraus* cfr. Ferrini nel *Bull. dell'ist. di diritto romano*, VIII.

fosse unico, non si poteva fargli pervenire un legato in senso stretto, se non appunto nell'ipotesi che non diventasse erede e a carico del sostituto (fr. 104, § 6 D. 30); se ha coeredi, ben si potevano onerare a suo favore. Invece un fedecommesso (di cui era possibile gravare un legatario, fedecommissario, ecc.) si poteva ordinare sempre anche a favore dell'erede unico (1). Il caso, che offre speciali difficoltà, è quello che siano nominati più eredi e che a carico della successione (2) taluno fra essi sia onorato di legato o fedecommesso. È bene premettere una rapida esposizione del diritto classico, prima di conchiudere pel diritto nuovo.

671. Il legato così caratterizzato chiamasi dai moderni *prelegato* (3). La forma più adoperata è quella del tipo *per praeceptionem*, che già conosciamo; del resto (4) si può usare quella del tipo *per vindicationem* (5) o *per damnationem* (6) od anco il fedecommesso (7). Il prelegato per sua na-

---

(1) Fr. 16 D. 34, 3; fr. 29 D. 35, 2.

(2) I legati imposti ad un coerede a favore di un altro non presentano veruna singolarità. In quanto tali legati siano reciproci (*mutua legata*) devono nel diritto classico più recente computarsi nella quarta: fr. 22 pr. D. 35, 2; fr. 21, § 2 D. 33, 1. È dubbio se essi si facciano valere coll'*actio familiae erc.*; v. Arndts, *o. c.*, II, p. 16 sgg.

(3) La parola non è nelle fonti, che però usano il verbo *praelegare:* v. Ferrini, *o. c.*, p. 187 sgg.

(4) «ex causa praeceptionis... alio genere legati»: fr. 1, § 6 D. 43, 3.

(5) Unite le due forme si trovano in fr. 27, § 3 D. 33, 7; fr. 26 D. 33, 8.

(6) Fr. 104, § 3 D. 30.

(7) Un profedecommesso si ammette tutte le volte che

tura è indipendente dalla istituzione in erede ed il fatto che uno non possa o non voglia diventare erede non lo esclude dal prelegato medesimo, a meno che il testatore abbia elevato quel fatto a condizione di questo (1).

Se non si tratta di *heres suus*, il prelegato è inizialmente valido per intero; giacchè il legato si acquista subito (ove o la natura del lascito o l'apposizione di una condizione non esigano altrimenti) *mortis tempore* al legatario; erede invece il chiamato non diventa, se non *adeundo* o *pro herede gerendo*. E se erede egli non diventasse, potrebbe certamente chiedere il legato intero. Ma se poi erede diventa, il legato necessariamente vien meno per la quota corrispondente a quella di istituzione (2); nè solo il legato di obbligazione, in cui è chiarissima l'impossibilità che l'erede deva a sè medesimo; ma anche il legato di proprietà, essendo incompatibile colla qualità di *erede* e cioè di suc-

---

un erede sia pregato di restituire agli altri la sua quota «accepta, retenta, deducta aliqua re». Non così se egli deve restituire «accepta, retenta, deducta aliqua pecunia», poichè s'intende che una somma di danaro si possa sempre *trattenere* su una porzione (non così una *res*, che parzialmente entra nelle altre quote) e quindi si trattenga *iure hereditario*: fr. 60 (58), § 3 D. 36, 1; fr. 77 pr. D. 31.

(1) Fr. 92 pr. D. 32. Cfr. fr. 88 D. 30. È erroneo nella sua generalità l'insegnamento (Mühlenbruch, *o. c.*, XLI, p. 275 sg.), che la condizione apposta all'istituzione si debba estendere anche al prelegato: v. fr. 77, § 1 D. 35, 1; 17, § 3 D. 44, 4 ed invece fr. 27 § 1 D. 36. 2. Sulla dottrina sabiniana v. Ferrini, *l. c.*, p. 202 sgg.

(2) Ulp., 24, 22; fr. 116, § 1 D. 30.

cessore universale del *de cuius*, ch'egli abbia bisogno di un titolo particolare per essere proprietario della cosa. Come è nullo il legato di cosa propria del legatario, così nullo si fa (proporzionalmente) il legato di cosa ereditaria fatto a chi poi diventa erede (1). Nel caso di *heres suus*, che si astenesse, è verosimile che il pretore lo preservasse dalla conseguenza della parziale nullità del lascito (2). Cfr. su tutto questo: fr. 18 D. 30; § 91, § 2 D. *ib.*; fr. 18, § 2 D. 34, 9. Da ciò deriva che se al coerede onorato, che non adisce, sono sostituiti altri (coeredi od estranei), la porzione di prelegato relativa alle quote che a costoro si acquistano, non rimane loro a titolo ereditario, ma si devolve *iure legati* all'onerato che la trasmette ai proprii successori (3).

672. Varie sono le conseguenze del parziale caducarsi del prelegato pel fatto che l'onorato diventi erede; di esso alcune si esplicano anche nella ipotesi di un unico prelegatario, altre soltanto in quella di più collegatarii congiunti. Le prime sono:

1.° Che il coerede prelegatario onerato di legati deve imputare nella *quarta falcidia* (v. avanti)

---

(1) Lo stesso avviene, se sia istituito erede un servo ed onorato di legato il domino. Il legato è inizialmente valido: il suo mantenersi talè dipende dalle condizioni dell'istituito. Se costui adisce, dopo essere stato alienato o manomesso coll'effetto di rendere un terzo o di diventare egli medesimo erede, il legato vale (Gai., 2, 245).

(2) Ferrini, *o. c.*, p. 205.

(3) Fr. 75, § 1 D. 31. Cfr. la storia delle varie interpretazioni in Serafini, *Arch. giur.*, XI, p. 138 sgg. L'interpretazione data nel testo è ampiamente svolta in Ferrini, *Legati*, p. 209-217.

la porzione di prelegato rispondente alla sua quota, poichè in tale misura il prelegato si caduca o l'acquisto si opera *iure hereditario*: fr. 74, 86, 91 D. 35, 2.

2.° Che il coerede prelegatario gravato del fedecommesso della propria quota deve calcolare in questa tale porzione: « quod a semetipso relictum est in fideicommissum cadit »: fr. 18, § 3 D. 36, 1 (1).

673. Più notevole è l'altra serie di conseguenze. Supponiamo che il prelegato abbia il tipo *per praeceptionem* o quello *per vindicationem* e che si abbiano più prelegatarii. Questi concorrono e *concursu partes fiunt* e precisamente parti uguali (2), qualunque sia la relativa quota di istituzione. Infatti come s'è detto, una disposizione è affatto indipendente dall'altra. Ma questo resultato non è definitivo, se tutti gli eredi adiscono; bisogna tener conto del parziale invalidarsi delle rispettive porzioni e del conseguente *ius adcrescendi*, che ha luogo in questo tipo di legato, come sappiamo.

Se vi sono due soli coeredi in quote diverse chiamati a un simile prelegato, le quote definitive di acquisto di queste si configurano in misura inversa a quello di istituzione. A è erede per $^1/_{12}$: B per $^{11}/_{12}$: a entrambi è prelegato il fondo corneliano. *Partes concursu fiunt* e a ciascuno spetta la metà del fondo. Ma per A il legato s'invalida per $^1/_{12}$; quindi $^1/_{24}$ del fondo corneliano della parte di A si devolve a B *iure adcrescendi*: per B lo stesso avviene, ma per $^{11}/_{24}$, che si accrescono invece

(1) Sul fr. 86 D. 35. 2 cfr. *o. c.*, p. 218 sg.
(2) Fr. 67, § 1 D. 30.

ad A. Risultato finale è che A oltre $^{11}/_{24}$, che gli si devolvono immediatamente, ottiene $^{11}/_{24}$ *iure adcrescendi:* in tutto $^{11}/_{12}$; B oltre $^{1}/_{24}$, che direttamente gli tocca, acquista $^{1}/_{24}$ *iure adcrescendi*: in tutto $^{1}/_{12}$: « unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam »: fr. 34, § 12 D. 30.

Analogamente si deve procedere, ove i coeredi sieno più di due, tenendo presente che le quote di accrescimento sono uguali per ciascun legatario, che in linea di principio è chiamato appunto ad una *portio virilis* (Ferrini, *o. c.*, pag. 222 seg.); o quando sieno più di due i coeredi, ma non tutti prelegatarii (1).

Se il legato è lasciato a due o più persone, delle quali una sia istituita erede unico, l'effetto è che il legato per la parte di questa si caduca interamente e si acquista per accrescimento ai collegatarii: fr. 34, § 11 D. 30. Se il legato è lasciato ad uno fra più coeredi e ad uno o più estranei, l'erede non percepisce che la porzione relativa alle quote di istituzione de' suoi coeredi: fr. 116, § 1 D. 30 (2).

674. Ove si faccia invece l'ipotesi di un legato di obbligazione o di un fedecommesso, si dovrà parimenti decidere che a ciascun legatario si deve una *portio virilis*, che questa si caduca in misura corrispondente all'entità della quota di istituzione; ma bisogna ricordare, che qui non ha luogo il *ius*

(1) Fr. 78, § 13 D. 36, 1: Vangerow nell'*Arch. f. die civ. Pr.*, XXXV, p. 293.

(2) Senza difficoltà si risolve il caso, in cui sieno istituiti varii coeredi e a tutti o a più fra di essi insieme ad estranei sia fatto in tal forma un legato: Ferrini, *o. c.*, p. 225 sg.

adcrescendi: fr. 101, § 5 D. 30 (1). Il risultato è che ciascun coerede ottiene una quota uguale di condominio, ma non al medesimo titolo; direttamente proporzionale alla quota di istituzione è la parte di prelegato che vien meno e che resta *iure hereditario* nelle mani del coerede e inversamente proporzionale alla stessa è la parte di prelegato che si mantiene valida come tale. Per diritto giustinianeo nulla fu mutato direttamente in questa materia; per cui sono da ammettere le antiche regole dei legati *per vindicationem* e *per praeceptionem* dove il lascito ha valore di legato di proprietà (il che ormai non si determina dalle forme, ma dalle circostanze oggettive); le antiche regole del legato *per damnationem* e del *fedecommesso*, dove non può ammettersi che un effetto obbligatorio (2).

675. Circa il contenuto dei legati vanno ricordate le notizie generali da noi esposte circa il transito del dominio da una parte e circa l'oggetto delle obbligazioni dall'altra.

Il contenuto deve essere determinato o almeno devono essere posti i criteri sicuri di futura determinazione. Vi sono però delle insufficienze di espressione, a cui si supplisce secondo l'uso comune, la consuetudine generale o quella particolare del disponente (3). Se il disponente ha accennato ad uno

---

(1) Vangerow, *l. c.*, p. 299 sg. Ferrini, *l. c.*, p. 228. Pe' fedecommessi cfr. fr. 34, § 1 D. 33, 2.

(2) Ferrini, *l. c.*, p. 229 sg.; Contro: Buchholtz, *Prälegat*, p. 198 sg.; 372 sg.; 399 sg.; 426 sg. V. anche Arndts *o. c.*, II, p. 162 sg.

(3) Cfr. fr. 50, § 3 D. 30; fr. 75 D. 32: fr. 24, § 1 *ib.* Sul fr. 1 D. 33, 5 cfr. i miei *Studii sul leg. opt.*, p. 30

fra più oggetti possibili senza designare chi debba averne la scelta, si distingue fra legato di proprietà e legato di obbligazione (1). Nel primo è ovvio che la scelta spetti al legatario essendo qui il legatario che deve prendere l'iniziativa e non potendo altrimenti rivendicare. Nel secondo invece, giusta i principii generali delle obbligazioni, la scelta spetta all'onerato.

676. Nella prima ipotesi, se il testatore conferisce esplicitamente la scelta al legatario, si ha il c. d. *legatum optionis*. Questo in origine aveva la formula *optionem do* (*lego*); indi la più spedita *optato* (2): in progresso di tempo troviamo considerata idonea all'uopo qualunque modificazione del tipo normale *per vindicationem*, che esprima il conferimento di tale elezione (3). Questo speciale conferimento ha particolare importanza; poichè è un diritto attribuito alla persona del legatario, il quale solo lo può esercitare. Se egli morisse senza averlo esercitato, nulla trasmette ai proprii succes-

---

sgg. e *Legati*, p. 242 sg. Il diritto giustinianeo manifesta una tendenza anche più decisa a salvare legati imperfettamente ordinati cfr. fr. 3, § 3 D. 33, 1 (*Legati*, p. 247); fr. 30 D. 31 (Gradenwitz, *Interp.*, p. 210).

(1) Fr. 71 pr. D. 30; fr. 39, § 6 D. *ib.* sul fr. 37, § 1 *ib.* e la sua interpolazione finale v. *Legati*, p. 244 sg.

(2) Arg. Gai., 1, 150: fr. 28, § 1 D. 35, 1; Ulp., 24,14 *Parafr. delle Ist.*, II, 29, § 23.

(3) Fr. 20 D. 33, 5; fr. 8, § 2 D. 30; fr. 2 pr. 33, 5; fr. 8, § 1 D. 31. Si contrappone nettamente il caso, in cui tale scelta è espressamente conferita, a quello, in cui non lo è; fr. 2 pr., § 1 D. 33, 5 e fr. 9 *ib.*

Sull'analogia della condizione *si voluerit* cfr. *Legati*, p. 232.

sori (§ 23 I. 2, 20: sulla c. 3 C. 6, 43 v. Voorda, *Interpr. et em.*, p. 29 segg.; i miei *Legati*, p. 164). Ne vengono quindi effetti analoghi a quelli di un legato condizionale di proprietà: fr. 3 D. 40, 9; fr. 14 D. 33, 5, ecc. Il periodo d'incertezza, che ne consegue, può risolversi o per la naturale riduzione degli oggetti (fr. 8, § 1 D. 33, 5; fr. 13 *ib.*) o mediante l'atto di scelta (*optio*). L'*optio* è molto affine alla *cretio* ereditaria; come esso è un *actus legitimus*, ossia solenne: non può essere soggetta a termini o condizione, è irretrattabile: fr. 77 D. 50, 17; fr. 6 e fr. 13, § 1 D. 33, 5; fr. 5 D. 30; fr. 20 D. 33, 5 (1): essa si compie rispetto all'erede e perciò presuppone avvenuta l'adizione dell'eredità (fr. 16 D. *ib.*). Coll'*optio* regolarmente compiuta il legatario diventa direttamente proprietario della cosa legata e la può rivendicare (fr. 20 D. 33, 5).

677. Se invece il testatore non aveva conferito esplicitamente nel legato di proprietà la scelta al legatario, questa gli spettava tuttavia, come abbiamo veduto; ma non come esercizio di una prerogativa personale, bensì come un presupposto logico dell'esperimento della rivendica: fr. 108, § 2 D. 30. Il legatario acquista subito il diritto al legato e lo trasmette ai proprii successori, che pos-

(1) Occorre all'uopo che l'*optio* cada sopra un oggetto idoneo (fr. 2, § 2 D. 33, 5) e sia fatta da chi ha conoscenza di tutti gli oggetti compresi nell'ambito della scelta: fr. 4 *ib.* Circa la *restitutio in integrum*: fr. 7, § 7 D. 4, 4. L'*optio* può cadere su qualunque degli oggetti compresi nel numero designato: fr. 9, § 1 D. 4, 3 e arg. fr. 19, § 2 D. 34, 2.

sono scegliere, ov'egli non l'abbia fatto; la scelta è revocabile, almeno *dum res manet integra*, fino alla contestazione di lite (fr. 19 D. 31). D'altra parte la scelta dopo questo momento è irrevocabile ancorchè sia stata operata con imperfetta conoscenza degli oggetti in essa dedotti: fr. *cit.*

678. Se si tratta di legato *per damnationem* e di fedecommesso, la scelta che venga esplicitamente attribuita al legatario o fedecommissario (Cic., *de inv.*, 2, 40; fr. 84, § 11 D. 30; fr. 22 D. 33, 5; fr. 38, § 1 D. 34, 2) non ha verun particolare significato, poichè senza tale attribuzione essa non competerebbe. Non vi ha difficoltà quindi nel considerare il *ius eligendi* siccome trasmissibile (fr. 19 D. 33, 5) (1); la scelta qui non serve che a determinare il credito del legatario, a concentrare l'obbligazione. Se nulla in proposito ha disposto il testatore, la scelta in questo genere di lasciti spetta all'onerato, come un mero postulato del concetto di obbligazione (fr. 97; fr. 109, § 1 D. 30); quindi l'erede ha, *re integra*, il *ius variandi* fino all'effettivo adempimento od alla contestazione di lite (2); mentre dopo tali eventi non può revocare la scelta per ragione di errore (fr. 19 D. 31).

Non così se in questo genere di lasciti il disponente ha espressamente riservata la scelta all'onerato. Qui abbiamo precisamente il tipo inverso dell'*optio legata* (3); abbiamo un esplicito conferimento del diritto di scelta, a colui al quale già spetterebbe; e se ne inferisce una speciale importanza e

---

(1) Cfr. Ferrini, *Legati*, p. 273, n. 1.

(2) Id. *l. c.*, p. 276 sgg.

(3) Arg. fr. 138, § 1 D. 45, 1.

significato del diritto medesimo. La *dictio* dell'erede è atto analogo all'*optio*; come questa è irrevocabile (fr. 84, § 9 D. 30; fr. 11, § 1 D. 31); il testatore può fissare un termine alla *dictio* come all'*optio* (fr. 11, § 1 cit.). Se l'onerato non sceglie entro il tempo fissato, la facoltà di scelta passa al legatario.

679. Nel diritto giustinianeo, ove il disponente nulla abbia detto in proposito, la spettanza del diritto di scelta è determinata dalle circostanze oggettive. Se il legato può valere come legato di proprietà (ossia pel diritto giustinianeo nell'ipotesi più comune) la scelta spetta al legatario, come naturale presupposto della *vindicatio*: cfr. § 23 I. 2, 20. Ove però dal legato non possa derivare che un rapporto obbligatorio, non vi ha ragione di deviare dalle regole ordinarie che disciplinano le obbligazioni stesse: la scelta spetta all'onerato e così si spiegano i testi conservati nel digesto e relativi all'antico legato *per damnationem* (1). Inoltre, diminuito il senso della forma, l'esplicito conferimento del *ius eligendi* a colui, al quale già spetterebbe, non mantiene veruno speciale significato; le particolarità dell'*optio legata* sono sostanzialmente abolite da Giustiniano, che neppure le ha pienamente intese (c. 3 pr. C. 6, 43; § 23 I. cit.); le menzioni della *dictio* sono, salve poche inavvertenze, scomparse.

680. La cosa legata deve darsi nello stato, in cui

---

(1) Questa è l'unica soluzione logica di un problema molto discusso: cfr. *Legati*, p. 282 sgg. Intorno all'opinione dell'Ascoli in *Bull. dell'ist. di diritto romano*, I, p. 83 sgg. cfr. la mia nota *ibid.*, p. 701 sgg.

si trova *mortis tempore* (1): se trattasi di legato di obbligazione (e sempre nel diritto giustinianeo) l'erede è tenuto a liberare la cosa dall'usufrutto che vi graviti a favore di un terzo (2) od a svincolarla dall'ipoteca, che fosse nota al disponente (3).

Per legato di obbligazione o per fedecommesso potevasi anche lasciare la cosa altrui; l'onerato doveva o procurarsi la cosa per prestarla o pagarne l'estimazione (4). Nel diritto classico si forma per autorità di giuristi e si conforta per costituzioni di principi la massima che l'erede possa schermirsi dall'adempiere il legato di cosa altrui, quando provi che il testatore l'ha erroneamente legata credendola propria (5). A maggior ragione si intende valido il legato di cosa propria dell'onerato; qui non ha luogo l'accennata eccezione (6).

681. Il legato di cosa propria del legatario è all'in-

---

(1) Fr. 69, § 3 D. 30; fr. 18 D. 8, 1.

(2) Fr. 11, § 3 D. 31; fr. 66, § 6 D. *ib.*

(3) Fr. 57 D. 30; Paul., *Sent.*, 3, 6, § 8; § 5 I. 2, 20. Sul primo testo e sulla c. 6 C. 6, 42 v. *Legati*, p. 285.

(4) Nel legato *per damnationem* l'obbligo era in origine più rigoroso; l'onerato doveva fare il possibile per dare la cosa in natura, se voleva sfuggire alla litiscrescenza (fr. 30, § 6 D. 32); più tardi il rigore si venne moderando (fr. 14, § 2 *ib.*; fr. 71, § 3 D. 30) per influenza del fedecommesso.

(5) Fr. 67, § 8 D. 31; § 4 I. 2, 20. Sul fr. 74 (72) Digest. 36, 1 cfr. *Legati*, p. 291. L'eccezione contenuta nella c. 10 C. 6, 37 è sicuramente interpolatizia. Circa l'onere della prova è però da notare che il diritto giustinianeo statuisce una inversione, dovuta al mutamento de' principii materiali e processuali: fr. 31 D. 22, 3; § 4 I. 2, 20 (interp.).

(6) Fr. 67, § 8 D. 31; fr. 86, § 4 D. 30.

contro inutile, giusta i principii generali sulla trasmissione della proprietà e sulle obbligazioni; anzi neppure si convalida pel fatto, che dopo la sua ordinazione ed *ante mortem* del disponente la cosa esca dal dominio dell'onerato; ciò per effetto della regola catoniana, di cui diremo. Se il legato invece è condizionale, avrà effetto ove il dominio esca dalle mani del legatario prima dell' avverarsi della condizione.

Quando tuttavia un legatario abbia un dominio revocabile (1), ovvero gravato di *ius vectigale* (2), superficie (3), ipoteca (4) od usufrutto (5), si pervenne a mantenere valido il legato nel senso che l'onerato fosse tenuto ad assicurare il dominio ovvero a svincolarlo dagli oneri incombenti.

682. Circa l'acquisto dei legati sono da distinguere due epoche: quella in cui il diritto perviene al legatario che lo trasmette ai suoi successori (*dies cedens*) e quello, in cui il legatario può ottenere ed esercitare tale diritto (*dies veniens*). La prima epoca coincide normalmente colla morte del testatore (6); la seconda coll'adizione dell'eredità. Diciamo che la prima epoca coincide *normalmente* col *dies mortis:* non solo però i legati condizionali non cedono *ante condicionis eventum*, ma i legati aventi un conte-

(1) Fr. 82, § 1 D. 30. Cfr. *Legati*, p. 301 seg.

(2) Fr. 71, § 5 D. 30.

(3) Fr. 86, § 4 *ib.*

(4) Fr. 86 pr. cit.

(5) *Legati*, p. 303. Ardua è l'interpretazione del fr. 66, § 6 D. 31; Arndts *o. c.* II p. 212 sgg. *Legati*, p. 304-5.

(6) Sul diritto antico v. *Parafr. delle Ist.*, II, 20 § 20: circa le perturbazioni introdotte dalle leggi caducarie v. *supra*.

nuto personale e non trasmissibile (ad es. un legato di usufrutto) non cedono *ante diem venientem:* i legati fatti a un servo manomesso per testamento non cedono *ante aditam hereditatem*, quando cioè il destinatario diventa suscettibile dell'acquisto; il *legatum optionis* non cede prima che l'*optio* abbia avuto luogo (1). Il *dies veniens* può cadere dopo l'adizione dell'eredità; nè solo quando (com'è naturale) sia protratto il *dies cedens*, ma anche per effetto di un termine.

683. La principale conseguenza del *dies cedens* è quella di rendere trasmissibile il legato, il diritto al quale aderisce omai al legatario, senza bisogno di un atto di accettazione. Nel diritto giustinianeo però (2), ove il testatore abbia nominato un sostituto al legatario, si preferisce, ove ciò sembri conforme all'intenzione del disponente, il primo ai successori del secondo, che sia morto *post diem cedentem*, ma *ante diem venientem*. Inoltre il *dies cedens* serve a determinare chi sarà il vero acquirente del legato; se a quest'epoca il destinatario è *alieni iuris*, il legato rimane acquisito al *paterfamilias*, ancorchè al *dies veniens* quello sia divenuto *sui iuris*.

Il destinatario *die cedente* acquista il legato senza bisogno di verun atto speciale di accettazione; gli è però libero di ripudiare e in tal caso si tratta, come se non fosse mai stato chiamato: fr. 1, § 6 D. 38, 5. Tale dottrina è stata sostenuta e fatta prevalere da' sabiniani (3) anche rispetto al legato

(1) Cfr. *supra:* su *fr. vat.*, § 60 v. *Legati*, p. 380.

(2) Il risultato fu ottenuto per mezzo di gravi interpolazioni: fr. 3, § 1-3 D. 34, 4; fr. 25 pr. D. 36, 1. Cfr. *Legati*, p. 383 sgg.

(3) Intorno a Gaio, 2, 195 v. ad es. Krüger, *Quellen*,

di proprietà, mentre i proculiani pretendevano all'uopo un atto di accettazione. Il concetto de' giuristi classici par quello che nel legato di proprietà il titolare acquisti al *dies cedens* il dominio potenziale della cosa legata, destinato a tradursi in atto al *dies veniens* (1); nel legato di obbligazione è un credito implicitamente condizionale che gli si devolve. Nel diritto giustinianeo invece il *dies cedens* non crea che uno stato non ben definito di delazione; il diritto al legato è acquisito e trasmissibile, ma non è ancora acquisito il legato. La cosa rimane intanto nella *hereditas;* i frutti e gli altri proventi sono devoluti a questa e per mezzo di questa l'erede, che più tardi adisce, li consegue (2).

Al *dies veniens* il destinatario può conseguire il legato, esperendo all' uopo gli opportuni rimedii contro l'onerato. Oltre quelli già noti, va ricordata la « cautio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa » (3), che si estorceva all'erede sotto minaccia di una « missio in possessionem legatorum servandorum causa » sui beni dell'eredità ritenuti dall'onerato (4). Dopo sei mesi la *missio* si estendeva agli stessi beni dell'onerato (5). Da non confondersi con tali *missiones* è la *missio in rem*, ossia

---

p. 185, n. 19. Circa le resultanze del Köppen ne' due articoli inseriti ne' *Jahrbücher für Dogm.*, vol. V e XI cfr. Arndts, *o. c.*, III, p. 270 sgg.

(1) Cfr. i miei *Legati*, p. 390-294.

(2) Cfr. ad es. fr. 86, § 2 D. 30 (interp.) e gli altri testi citati ivi.

(3) Fr. 1 D. 36, 3; cfr. Lenel, *E. P.*, p. 421.

(4) Fr. 5 pr. D. 36. 4; c. 3 C. 6, 54; v. *supra.*

(5) *Missio antoniniana:* fr. 5, § 16 D. cit.: per un altro caso v. fr. 5, § 4 *ib.*

l'esecuzione diretta accordata al fedecommissario contro i terzi acquirenti di mala fede (1): questa non sussiste più nel diritto nuovo, in cui è ovunque estesa, se appena possibile, la rivendica (2): le altre missioni sussistono invece accanto all'ipoteca tacita generale, non avendo perduto i loro particolari vantaggi (3).

684. Fin dall'età repubblicana si provvide affinchè non venisse esaurito in legati l'asse ereditario: si voleva evitare che l'erede, rinunciando alla successione, facesse cadere tutto il testamento e desse luogo agli eredi *ab intestato*. Dopo la legge Furia, la quale proibì « plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere » (Gai., 2, 224-225) (4): dopo la legge Voconia, per cui l'entità di un legato non poteva superare il valore della quota dell'erede meno beneficato (Gai., 2, 226), si ebbe la legge Falcidia. Questa, che tolse ogni applicazione alle precedenti, stabilì che l'erede avesse libera da legati la quarta parte della sua quota e che potesse, ove il cumulo dei legati eccedesse tale misura, farli proporzionalmente ridurre (5). Quando furono riconosciuti i fedecommessi e si manifestò rispetto ad essi (ed anzi con maggiore evidenza per l'uso frequente dei fedecommessi universali) lo stesso inconveniente,

---

(1) Arndts nel *Rechtslex.* di Weiske, VI, p. 307 (Paul., 4, 1, § 15; fr. 89, § 7 D. 31).

(2) c. 3, § 2 C. 6, 43.

(3) Rosshirt, *Verm.*, I, p. 518; Ferrini, *Legati*, pagina 415.

(4) Fatta eccezione pe' più prossimi congiunti: cfr. *Vat. fr.* §§ 298 e 391.

(5) Fr. 1 D. 35, 2. Una ricostruzione sostanzialmente sicura della legge v. in Ferrini, *Legati*, p. 419 sg.

che erasi voluto evitare pei legati, si trovò necessario di estendere anche a quelli la falcidia: ciò avvenne per disposizione del senatoconsulto pegasiano (Gai., 2, 254; § 5 I. 2, 23) (1). Il S. C. però escludeva gli effetti del S. C. Trebelliano qualora l'erede, prevalendosi del pegasiano, facesse ridurre il fedecommesso: allora bisognava ricorrere alle stipulazioni *emptae et venditae hereditatis* (2). È questa la ragione per cui Giustiniano in avversione al S. C. pegasiano ne volle perfino abolito il nome, ordinando che in ogni caso il fedecommesso universale operasse il transito delle azioni utili e che la stessa ritenzione della quarta s'avesse da ascrivere al trebelliano! (§ 7 I. 2, 23).

685. La falcidia si trattiene da ogni erede istituto o sostituto: ciascun coerede la trattiene sulla sua porzione (fr. 77 D. 35, 2). Sappiamo che nella ipotesi di sostituzione pupillare si calcola una sola falcidia e si calcola in rapporto all'eredità paterna pervenuta al pupillo (fr. 11, § 5 D. *ib.*) (3). Più sostituti dello stesso pupillo vanno trattati, come se ciascuno di essi fosse unico erede istituito dal testatore; si computa però come misura dell'eredità la relativa quota di sostituzione e i legati

---

(1) V. la *Parafr. ib.* (ed. Ferr., I, p. 241). Il quadrante si trattiene dal solo erede, non dagli altri onerati (fr. 1, § 19 D. 36, 1, ecc.).

(2) Gai., 2, 255-257; fr. 22 (21) D. 36, 1. Cfr. Scialoia, *Sulla c. 16 de fid.* (estratto dal *Foro Abruz.*, 1886) e Ferrini, *Legati*, p. 425 sgg.

(3) Donde la regola, che «si pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii» (fr. 80 pr. D. 35, 2).

imposti al pupillo in tanto vengono in considerazione in quanto si devolvono a carico di essa (1).

Se più porzioni pervengono allo stesso coeredo per volontà del testatore, che lo abbia in parte istituito puramente, in parte *sub condicione*, ovvero (ciò che è lo stesso) l'abbia sostituito ad un coerede, si devono calcolare insieme le varie quote pervenute per stabilire se e in qual misura debbono ridursi per l'applicazione della falcidia i legati a lui imposti: fr. 11, § 7 D. cit. Ma questo calcolo non si fa pe' legati imposti originariamente alla quota a lui sopraveniente, che a suo carico non sieno stati ripetuti, ma ch'egli debba di riflesso pagare in forza del noto rescritto di Severo: giacchè la porzione, a cui tali legati aderiscono, non è stata affatto impinguata (2).

686. Se un coerede è sostituito al pupillo erede e si avvera il caso della sostituzione pupillare, arriviamo, tenendo conto dei principii suesposti, alla seguente legge formulata dal Vangerow (3): I legatarii del pupillo non possono avere alcuna pretesa sulla quota di istituzione del sostituto; mentre i legatari proprii di quest'ultimo hanno diritto che al loro soddisfacimento venga adibita, qualora ciò sia necessario e fattibile, anche la porzione del pupillo, al quale scopo ha luogo la confusione delle due quote (4).

(1) Fr. 11, § 6 D. *h. t.*; Pernice H., *Comment. iuris rom.*. p. 61; Ferrini, *Legati*, p. 437.

(2) Da una parte v. fr. 87, § 4 D. *h. t.*; dall'altra fr. 1, § 13 *ib.*; Vangerow, *Arch. f. die civ. Pr.*, XXXVI, pagina 319; Ferrini, *Legati*, p. 446 sg.

(3) *Archiv* cit., p. 383 sg. Cfr. fr. 11, § 7 D. *ib.*; fr. 41, § 6 D. 28, 6.

(4) Una riprova si ha nel fr. 41, § 6 D. 28, 6; cfr. H.

687. Per fare il computo del patrimonio ereditario in ordine a quello della quarta falcidia si assume il tempo della morte e non si ha riguardo ai posteriori incrementi o decrementi (fr. 73 D. 35, 2). Le regole minute per determinare il valore de' singoli coefficienti attivi o passivi sono offerte in una serie di passi interessanti (1). Nel passivo si computano le spese per l'insinuazione e l'apertura del testamento, per l'inventario (2), pei funerali (3), il valore de' servi manomessi (4). Anche il computo dei legati non è sempre agevole ed anche per esso si sono stabilite regole particolari (5).

Nella quarta s'imputa solo quanto l'erede acquista in tale sua qualità (fr. 74; fr. 76, § 1; fr. 78; fr. 88, § 3; fr. 91 D. *h. t.*). Donde, come abbiamo visto, se l'erede è onorato di prelegato, nella quarta si imputa la porzione di questo che come legato si caduca e rimane appo di lui *iure hereditario* (fr. 19 [18], § 3 D. 36, 1) (6). Non s'imputa nella quarta

---

Pernice, *l. c.*, p. 43 sgg.; *Legati*, p. 455 sgg. Sull'ipotesi dello stesso sostituto a più pupilli cfr. *Legati*, p. 461 segg.

(1) *Pretia rerum* (fr. 42 e 62, § 1 D. *h. t.*: fr. 63 *ib.*); crediti (fr. 63, § 1); crediti condizionali (fr. 73, § 1); azioni penali attive (fr. 32 pr.); crediti correali (fr. 62 pr.); obbligazioni naturali (fr. 1, § 17; fr. 21 pr.); debiti (fr. 7; fr. 15, § 3).

(2) c. 22, § 9 C. 6, 30.

(3) Fr. 14, § 3 D. 11, 7; fr. 1, § 19 D. 35, 2.

(4) Fr. 36, § 2, 4 D. *ib.*; fr. 37 pr., § 1; fr. 39.

(5) Legato *rei alienae* o *ipsius heredis* (fr. 61); *liberationis* (fr. 22, § 3, 4; fr. 82); legati annui o di usufrutto (fr. 47; fr. 55); tabelle di probabi e longevità del legatario: fr. 68 *ib.*; cfr. Ferrini, *Legati*, p. 485.

(6) Sulla *compensatio legatorum mutuorum* ammessa

quanto l'erede riceve *condicionis implendae gratia* (fr. 76 pr. D. *h. t.;* fr. 41 D. 39, 6) o per fatto proprio (fr. 3 pr., § 1 D. 35, 2) (1).

688. L'erede può far valere il suo diritto alla quarta o mediante una *exceptio doli* (fr. 15, § 1 D. *h. t.*) o, qualora avesse per errore pagato più del dovuto, mediante la *condictio indebiti.* In qualche ipotesi può servirgli l'azione di dolo (fr. 23 D. 4, 3). Se poi la cosa legata si trovasse *mortis tempore* nella detenzione del legatario, non si può negare all'erede una *vindicatio pro parte* (fr. 26 D. 35, 2). Complemento a questi rimedii è la *satisdatio quanto amplius,* con cui l'erede che paga i legati si fa garantire la rifusione parziale per l'ipotesi che si venga poi a rendere manifesta la necessità della riduzione (fr. 1 D. 35, 3) (2).

689. L'obbligo della falcidia non esiste di fronte ai testamenti militari (3). Del resto l'istituto era considerato dai giuristi classici di *ius publicum:* nessun valore avrebbe avuto il divieto del testatore (fr. 15, § 8 D. 35, 2; cfr. fr. 81, § 4 D. 30): solo fu ammesso che egli potesse ordinare un legato o fedecommesso a favore di un erede a patto che non

---

negli ultimi tempi del diritto classico cfr. fr. 22, 75 D. *h. t.*

(1) A torto stabiliscono alcuni autori una diversità fra il calcolo della quarta falcidia e quello della trebellianica; già basterebbe addurre in contrario che il S. C. Trebelliano non fa che estendere la falcidia ai fedecommessi. Del resto sulle varie questioni esegetiche v. Vangerow, *Pand.*, II, § 536; Ferrini, *Legati*, p. 494 sgg.

(2) V. Lenel, *Ed. perp.*, p. 419.

(3) Fr. 92 D. 35, 2; fr. 17, § 4 e fr. 18 pr., § 2 D. 29, 1; c. 7 C. 6, 50.

si valesse del suo diritto alla quarta: fr. 56, § 3; fr. 75 D. *h. t.* E parimenti fu ammesso che il testatore inibisse di applicare la falcidia a qualche legato particolare; in tal caso gli altri soffrono una riduzione proporzionalmente maggiore: fr. 88, § 2 D. *h. t.* Giustiniano invece ritenne che il testatore potesse sempre escludere la falcidia mediante esplicito divieto, non però implicitamente, ossia solo coll'onerare *scientemente* l'erede oltre il dodrante (1). L'erede può rinunciare al beneficio della falcidia e pagare integralmente; la promessa però di pagare integralmente non lo astringe se non dopo Giustiniano (c. 19 C. 6, 50; fr. 46 D. *h. t.;* fr. 20, § 1 D. 39, 5 interp.). L'erede può pagare integralmente taluni legati, senza pregiudizio al suo diritto di trattenere la falcidia sugli altri (fr. 15, § 2; fr. 16 D. *h. t.;* c. 6, § 2 C. 6, 50): una strana disposizione di Giustiniano (Nov. 1 c. 3) lo astringe però, se ha rinunciato alla falcidia rispetto a qualche legato, a non pretenderla rispetto agli altri. L'erede decade poi a titolo di pena dal diritto alla falcidia se ha fatto in modo di rendere vana la disposizione testamentaria, a cui detrimento vorrebbe dedurla (fr. 24 pr.; fr. 59 pr. D. *h. t.*): nel diritto giustinianeo, se trascura di fare l'inventario (c. 22, § 14*d* C. 6, 30). In taluni casi l'applicazione della falcidia vien meno per la stessa natura del lascito: fr. 33 D. *h. t.*; c. 15 C. 6, 50; fr. 81, § 1 D. *h. t.*; Nov. 131 c. 12.

690. Una regola detta catoniana insegna che

---

(1) Nov. 1 c. 2, § 2. Cfr. Vangerow, *Pand.*, II, § 538, n. 1. Circa l'interpretazione da noi proposta v. *Legati*, p. 527 sgg.

« quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere ». Questa regola in sostanza non fa che determinare il momento di perfezione del negozio giuridico, riponendolo non al *tempus mortis*, come si potrebbe ritenere, ma al momento dell'ordinazione. Se però il punto di perfezione è spostato da una condizione sospensiva, la catoniana non è applicabile: lo stesso dicasi di casi analoghi (1). Il legato validamente ordinato può infirmarsi di poi e questo, oltre che per le cause generali e per la destituzione del testamento, può avvenire anche per l'adenzione o la traslazione operata dal disponente.

L'adenzione in origine doveva farsi osservando la legge della corrispondenza di forma e cioè invertendo i termini dell'ordinazione: la formola *do lego* si invertiva così: *non do non lego* o *neque do neque lego;* la formola *dato* nell'altra *ne dato* (2). Parimenti l'adenzione deve farsi rispetto al medesimo destinatario, per cui il legato era stato ordinato, sebbene questo avrebbe dovuto ad altri pervenire (3). Più semplice era naturalmente l'adenzione in materia fedecommissaria, il trattamento relativo divenne generale nel diritto nuovo (Inst. 2, 21). Del resto già nel diritto classico era ammesso: « si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere » (4): resultando così un doppio modo di adenzione, l'uno operante *ipso iure*, l'altro *exceptionis ope*: del quale ultimo

---

(1) Ferrini, *Legati*, p. 555.
(2) Fr. 2 pr. fr. 3, § 8 D. 34, 4.
(3) Fr. 21 D. *ib.* Cfr. Ulp., 24, 29.
(4) Fr. 4, § 10 D. 44, 4.

non son poche le applicazioni (1). L'adenzione può essere parziale (fr. 2 e 9 D. 34, 4); può essere condizionale, nel qual caso la condizione si inverte e si reputa apposta alla disposizione originaria (2). Se il testatore ha adento uno fra due legati, ma è incerto quale, rimangono validi entrambi (3).

La traslazione include un'adenzione (fr. 5 D. *ib.*) quando avviene da uno ad altro onerato o quando *res pro re datur:* essa può del resto verificarsi anche da uno ad altro onerato. Meramente formale è la differenza fra l'adenzione condizionale e la *translatio* (del legato nel soggetto stesso) *sub condicione* (fr. 6 pr. D. *ib.*) (4). La traslazione ha grandi analogie colla novazione: è la creazione di un nuovo legato colla sostanza dell'antico. Nel diritto classico la traslazione si distingue bene pel suo carattere formale; questo invece vien meno nel diritto giustinianeo e qui nascono questioni sull'*animus adimendi* (5). Nel diritto classico coerentemente la traslazione presuppone identità di oggetto o almeno che l'oggetto del nuovo legato assuma in sè quello del precedente (6). La traslazione condizionale non si opera, come la novazione, che *existente condicione* (7). Però l'effi-

---

(1) Cfr. *Legati,* p. 574 sg.

(2) Fr. 10 *ib.*; fr. 107 D. 35, 1. Ma l'adenzione condizionale non può servire a confermare un legato invalido: cfr. *op. cit.,* p. 566.

(3) Fr. 3, § 7 D. 34, 4. Sul fr. 10 (11) pr. D. 34, 5 cfr. *op. cit.*, p. 569 sgg.

(4) *Legati*, p. 585.

(5) V. le interpolazioni in fr. 44, § 1 D. 31; fr. 6, § 2; fr. 9 pr. D. 34, 4.

(6) *Legati*, p. 586.

(7) Fr. 7 D. 34, 4 = fr. 14 pr. D. 46, 2.

cacia adentiva di una traslazione in soggetto mancante di testamentifazione passiva è direttamente attestata: fr. 20 pr. D. *h. t.*; fr. 24 pr. D. 30.

691. Nel diritto classico se vien meno uno di più onorati in un legato di proprietà (*per vindicationem, per praeceptionem*), ha luogo il *ius adcrescendi*, sul cui fondamento già ci siamo spiegati. All'uopo non si distingue se i collegatarii sieno chiamati *coniunctim* o *disiunctim*: non si distingue neppure se il legato rispetto ad uno debba aversi per non scritto o se sia sopraggiunta più tardi una causa di invalidità o la rinuncia (1). Quello che importa è invece che i collegatarii sieno chiamati allo stesso oggetto: Gai., 2, 199, 223. È escluso il *ius adcrescendi*, se il testatore ha distinto le parti e chiamato ogni collegatario ad una di esse, poichè in tale ipotesi la parte non acquisita al destinatario rimane all'erede (2) Niun diritto di accrescimento aveva invece luogo nel caso di legato *per damnationem* o di fedecommesso (fr. 84, § 8 D. 30; fr. 7 e fr. 88, § 2 D. 31, fr. 38, § 2 D. 32) (3).

692. Nelle stesse circostanze si ha il *ius adcrescendi* rispetto all'usufrutto legato. Anzi qui si pre-

---

(1) Ad es. uno è chiamato *sub condicione* e questa manca: fr. 26, § 1 D. 35, 1.

(2) Fr. 11 D. 7, 2; v. fr. 20 D. 31; fr. 12 D. 7, 2. Il fr. 89 D. 32 si riferisce alla *caducorum vindicatio* (Rudorff nella *Ztschr. f. gesch. RW.*, VI, p. 414 sg.: Vangerow, *Pand.*, II, § 547). Circa il fr. 16, § 2 D. 30 v. Ferrini, *Legati*, p. 649 sg. Corrotto è il fr. 41 pr. D. 31; v. *ibid.*, p. 651 sg.

(3) Caso di applicazione del S. C. Neroniano: *Vat. fr.*, § 85. Su di esso v. Ascoli, *Arch. giur.*, XL, p. 355 n.; Ferrini, *o. c.*, p. 658 sg.

sentano alcune notevoli particolarità. L'accrescimento ha luogo non solo per la quota di usufrutto che uno dei legatarii non acquista, ma anche per quella che uno acquista e poi perde: *Vat. fr.*, § 77. La ragione sta in ciò, che l'usufrutto è un diritto essenzialmente temporaneo, che sembra deferirsi nuovamente ogni giorno in base allo stesso titolo costitutivo (1). Inoltre la porzione di usufrutto, che si rende vacante, si accresce anche a chi ha già perduto la propria porzione: «pars ususfructus et non habenti partem suam sed amittenti adcrescit»; fr. 10 D. 7, 2; fr. 33, § 1 D. 7, 1; fr. 14, § 1 D. 44, 2 (2): però ad uno non può mai ritornare *iure adcrescendi* la porzione perduta (3).

693. Tutta quanta la materia del *ius adcrescendi* fu profondamente modificata dalle leggi caducarie: all'applicazione di queste non sfuggì che il legato di usufrutto in vista della sua particolare natura. Esso infatti poteva togliersi e si toglieva anche alle persone incapaci: ma per il suo carattere eminen-

---

(1) Cfr. Stefano in *Suppl. Basil.*, p. 94 sg. Vedi il commento ne' miei *Legati*, p. 666 sgg.

(2) Il primo passo offre gravi difficoltà esegetiche: cfr. Glück, *Ausf. Erl.*, IX, p. 291 (nonchè la versione italiana colla nota del Serafini); Vangerow, *Pand.*, II, § 554 n. 1; Serafini, *Arch. giur.*, XIV, p. 48 sg. Un'ampia esegesi, che mi pare tuttavia ben salda, v. ne' miei *Legati*, p. 699 sgg.

(3) Infatti questa porzione non è stata sottratta per *concursus*, ma per altra causa. Non si vede perchè debba essere concesso al legatario *pro parte* quanto non è concesso al solo legatario dell'intero usufrutto. V. il fr. 10 cit., a cui non osta il fr. 3, § 2 D. 7, 4 (v. *Legati*, pagina 672 sg.).

tamente personale non poteva devolversi giusta le norme di quelle leggi (1). Queste stabilivano che le porzioni de' legati che divenissero caduche o *in causam caduci* non si devolvessero secondo le regole surriferite (tranne che « liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum » ; Ulp., 18, 1); ma andassero in primo luogo agli eredi aventi prole, indi ai legatarii aventi prole, da ultimo all'erario. Però il legatario congiunto (e la voce fu interpretata a preferenza nel senso di congiunzione verbale) avente prole era preposto ai medesimi eredi ricchi di prole (2).

Il diritto giustinianeo non riconosce più il sistema delle leggi caducarie; ma neppure è ritornato interamente al *ius antiquum*. Nella c. 1 C. 6, 51 si distingue nettamente il caso della *coniunctio re e verbis* (§ 11) e quello della *coniunctio re tantum* (§ 11 *d*). Nel primo caso si arguisce che il testatore abbia stabilito una specie di sostituzione reciproca fra' chiamati; nel secondo invece si mantengono più puramente le antiche norme del *ius adcrescendi*; nel primo caso *portio accrescit cum onere*, non nel secondo (§ 11 *d*).

---

(1) Heineccius, *ad l. I. et P.*, III, 9, 1-2; Arndts, *o. c.* III, p. 105 sg.

(2) Gai., 2, 207: per cui qui non si faceva distinzione fra' tipi di legato: *ib.* § 208. Cfr. fr. 89 D. 30.

CAPO VII.

Delle donazioni.

694. La donazione è il negozio *inter vivos*, che offre la massima analogia col legato, almeno nella sua funzione originaria e consueta; esso mira a produrre un arricchimento a favore del donatario e a spese del patrimonio del donante. Il prototipo della donazione, come del legato, sta nella diretta traslazione o costituzione della proprietà o di altro diritto reale; del resto si può anche dar vita ad un credito *donandi causa* a favore del donatario, si può condonargli un debito, pagare in vece sua e insomma produrre in qualsiasi maniera un miglioramento delle sue condizioni economiche. A differenza del legato la donazione non ha una *forma propria* di ordinazione; essa costituisce un elemento integratore di altri atti, che possono avere per sè medesimi carattere di atti giuridici (tradizione, stipulazione, accettilazione) o anche non averlo, p. e. se taluno *donandi animo* restaura la casa altrui o semina nel fondo altrui (1).

695. I requisiti della donazione sono pertanto:

a) un arricchimento del donatario (2);

---

(1) Troppo sottili mi paiono le considerazioni del Perozzi, *Intorno alla donazione*, p. 55 sgg. (Estratto dall'*Arch. giur.*, LVIII, fasc. 4-6).

(2) Non forma quindi donazione la costituzione di malleverie o di ipoteche (fr. 1, § 19 D. 38, 5). L'Ascoli (*Concetto della donazione*, p. 5; p. 35 de' *Doc. di storia e di-*

b) una perdita pel patrimonio del donante;
c) la manifestazione dell'*animus donandi*.

Per mancanza del secondo requisito si escludono dal novero delle donazioni il commodato, il precario, il rifiuto di una eredità deferita perchè si possa acquistare dal successivo chiamato, ecc. (1). Poichè nell'ultimo caso l'eredità non forma ancora parte del patrimonio del primo chiamato che non ha adito; nei primi non si ha di regola una perdita, poichè il concedente non avrebbe tratto profitto dalla cosa. Così non è donazione la concessione a mutuo gratuito di una somma di denaro; mentre lo sarebbe la rinuncia a interessi stipulati, sieno essi scaduti o solo maturandi in futuro. Il criterio in proposito varia secondo i tempi ed i sistemi di economia privata; varia anche secondo la condizione delle persone (2).

Per assenza dell'*animus* corrispondente non vi ha donazione nel pagamento di una *naturalis obligatio* (fr. 19, § 4 D. 39, 5), nell'offerta di proventi imposti dalle circostanze (fr. 31, § 8 D. 24, 1) e in simili casi. L'*animus donandi* è l'impulso di benevolenza (3), che muove a conferire altrui un bene-

---

ritto, 1893) pone la formola: « concessione di un diritto patrimoniale non accessorio ». Contro v. Perozzi, *l. c.*, p. 23 sg. e a favore di nuovo Ascoli, *Risposta*, p. 9 sgg. (estr. dall'*Arch. giur.*, LIX, f. 1-3). Circa il concetto speciale di *locupletazione* di fronte al divieto di donazione fra' coniugi v. avanti.

(1) Fr. 5, § 13, 14 D. 24, 1.

(2) A questo concetto del Perozzi, *o. c.*, § III parmi si possa nella sostanza aderire.

(3) Gli esempi in contrario escogitati dal Perozzi (*l. c.*, p. 54) non mi sembrano probanti. Il caso da lui fatto

ficio a nostre spese: ad esso corrisponde quindi una causa positiva, la *causa donandi* (1).

È molto discusso se occorra alla perfezione della donazione l'accettazione di essa da parte del donatario (2). In appoggio all'opinione affermativa si arreca un testo solo (3) e cioè il fr. 18 D. 12, 1 a noi già noto per le controversie che vi si rannodano riguardo alla causa nella tradizione (4). Il testo dice che « si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero,

---

di chi paga un debito altrui per denigrare il debitore non può considerarsi donazione. Il pagamento di un debito altrui vale per sè stesso; ma il debitore liberato potrebbe agire d'ingiuria e in ogni caso qui non sarebbero applicabili le norme della donazione (revoca, ecc.).

(1) Il Perozzi (*o. c.*, p. 50 sg.) nega tutto questo. Il donante non vuole che l'effetto dell'atto suo (trasferimento di proprietà, liberazione, ecc.), nulla di più, ed è anzi questa assenza di *causa* che caratterizza la donazione, che per lui (p. 58 sg.) sta nel produrre intenzionalmente senza causa per mezzo di un atto patrimoniale tra vivi e con diminuzione del patrimonio dell'agente un risultato per una persona, che si traduce in aumento del patrimonio di questa. Il « produrre intenzionalmente questo risultato » non implica un *animus* ed una causa positiva?

(2) La tesi in Italia è stata recentemente affermata con energia dall'Ascoli ne' due citati lavori e nel suo *Trattato sulle donazioni*.

(3) Citano anche Cicerone, *Top.*, c. 8, § 37 « neque donationem sine acceptatione intellegi potest ». Ma devesi notare che lo scrittore allude alla forma prototipa di donazione reale, per via di diretto trasferimento del dominio dove l'*accettazione* occorre, se non per la donazione stessa per l'atto traslativo con cui si compie (« mancipatio, in iure cessio, traditio »).

(4) Windscheid, *Pand.*, II, § 365, n. 5.

tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse ». Qui vi ha tradizione; ma dissenso nella sua causa; il tradente vuol donare, l'accipiente crede di ricevere a mutuo. É chiaro però che il testo non può servire alla tesi. Giacchè qui non solo non vi è accettazione, ma vi è diversità di causa e di intenzione; tale opposizione impedisce appunto alla causa di esplicarsi. Non così invece, se vi ha mera assenza di accettazione da parte del beneficato, il quale ad es. ignori il beneficio che gli viene impartito: sia perchè il donante gli paghi un debito o lasci cadere in prescrizione a suo favore un diritto reale (1) anche l'analogia dei legati si può addurre per la dottrina che nega la necessità dell'accettazione. Nel «patto di donazione» che Giustiniano ha riconosciuto come produttore di azione (cfr. *Inst.*, 2, 7) occorre naturalmente il consenso d'ambo le parti; ma questa è una necessità di tale specie di donazione, non della donazione in sè stessa.

696. Le donazioni sono atti pericolosi, giacchè per esse il patrimonio si depaupera senza corrispettivo ed uno slancio momentaneo di gratitudine o di affetto può indurre impegni o perdite eccessive, causa di pentimenti futuri. La legislazione economico-sociale della repubblica, la quale aveva fra i suoi precipui intenti quello di conservare i patrimonii dei cittadini, non poteva negligere questo punto e sappiamo con certezza che un plebiscito del 550 (*lex Cincia*) ha proibito (tranne che a favore di determinate persone) le donazioni o affatto o al-

---

(1) Fr. 5, § 6, 7; fr. 7, § 7 D. 24, 1. Cfr. Pern ce, *Parerga*, III, p. 217, n. 2.

meno in quanto superassero una certa misura (1). Le persone eccettuate erano i cognati fino al sesto grado inclusivo, gli affini più prossimi (compresi *vir et uxor*) ed altre persone unite da vincoli particolari (2). La *lex Cincia* era una *lex imperfecta*, ossia senza sanzione (3): quale rimedio si adibisse al tempo delle *legis actiones*, è molto incerto (4). Nel diritto classico il contenuto della legge si fa valere in via di eccezione (replica, duplica, ecc.) (5), il che adduce il resultato che la donazione è inat-

---

(1) L'opinione dominante è per la seconda alternativa. V. un buon esame degli argomenti addotti *hinc et inde* nell'Ascoli, *Bull. dell'ist. di diritto romano*, VI, p. 176-183.

(2) *Vat. fr.*, §§ 298, 301, 302, 304, 305, 306, 307, 308, 309: v. Ascoli, *l. c.* p. 222-225.

(3) Ulp., 1, 1.

(4) V. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, 2. p. 587.

(5) Se si tratta di stipulazione donatoria, l'*exc. l. C.* si da contro lo stipulante che ne domandi l'esecuzione. Se il donante aveva mancipato la cosa senza trasmetterne il possesso, poteva ribattere con tale eccezione la rivendica. Se il possesso era stato trasmesso, poteva, trattandosi di cosa mobile, coll'interdetto *utrubi* richiamarlo a sè, ribattendo con una replica *l. C.* l'eccezione *rei d. et traditae*. Il donatario era dunque sicuro sol quando avesse anche posseduto la *maior pars anni*. Parimenti chi avesse tradito *donationis causa* una *res mancipi* poteva rivendicarla, elidendo con una *replica l. C.* l'*exc. rei donatae et traditae*: chi avesse rimesso con un *pactum de non petendo* un debito *donandi causa* poteva agire coll'azione originaria, respingendo con tale replica l'*exc. pacti*. Se la *res mancipi* tradita *donationis causa* tornasse nel possesso del donante, costui potrebbe ribattere con una eccezione *iusti dominii* la pubbliciana del donatario e con una duplica *l. C.* la replica *rei donatae et traditae*.

taccabile, quando un simile mezzo difensivo non è più possibile (1). In altre parole il donante può sempre pentirsi finchè non abbia eseguito fino all'ultimo la sua donazione e questo è sicuramente fra tutti i sistemi escogitati per frenare le liberalità inconsulte il più pratico insieme ed il più razionale (2). L'*exceptio legis Cinciae* non poteva (probabilmente in base a qualche ignorata costituzione) adibirsi dopo la morte del donante dai suoi eredi (3); poteva invece adibirsi oltre che dal donante, dai fideiussori e forse da altri terzi interessati (4).

697. Sotto gl'imperatori cristiani, caduto in desuetudine il diritto della *lex Cincia*, s'introduce il principio che una donazione non valga se non *insinuata*, vale a dire registrata da una delle autorità la cui affermazione negli atti fa pubblica fede (5). La pratica era già prima invalsa (6); ma l'obbligo data da una costituzione di Costanzo Cloro (7). Per tacere delle riforme intermedie diremo che Giustiniano stabilì l'obbligo dell'insinuazione per tutte le donazioni, il cui valore superasse la cifra di 500

---

(1) Nel caso di errore del donante (che ad es. credesse a torto essere il donatario una *persona excepta*) era applicabile la *condictio indebiti* e, pare, una *condictio ob iniustam causam* ne' casi di donazione indirettamente compiuta: *Vat. fr.*, § 266, fr. 21, § 1 D. 39, 5; fr. 5, § 5 D. 44, 4; fr. 12, 13 D. 46, 2.

(2) Ascoli, *o. c.*, p. 226 sg.

(3) *Fr. vat.*, § 259, 266, 312.

(4) *Fr. vat.*, § 266; fr. 24 D. 39, 5.

(5) H. Pernice, *Insinuation der Schenkungen* (1882).

(6) *Fr. vat.*, § 266.

(7) Cfr. c. 1 C. Th. 3, 5; c. 1, 3 C. Th. 8, 12: *Fr. vat.*, § 249.

solidi (1). La sanzione è addirittura la nullità dell'atto per la parte eccedente la misura legale (2).

Posteriore alla legge Cincia è il divieto delle donazioni fra coniugi (3): le donazioni fatte contro il divieto sono nulle e il donante può esperire, secondo i casi, una *rei vindicatio* od una *condictio* (4). Però secondo un'*oratio* di Antonino Caracalla la donazione si convalida se il donante muore senza essersene pentito: fr. 32 pr. § 1, 2 D. 24, 1.

Questo divieto statuisce un *ius singulare*, che si interpreta rigorosamente ed in ordine ai fini del divieto medesimo; il *ius prohibitae donationis* si tratta « non amare nec tanquam inter infestos, sed ut inter coniunctos maximo adfectu et solam inopiam timentes »: fr. 28, § 2 D. 24, 1. Ne viene che non è giusto escludere che siavi una donazione tutte le volte che le fonti dicono che un atto non costituisce fra coniugi una *donatio* (prohibita) od escludere una locupletazione tutte le volte che le fonti dicono che un coniuge non si è arricchito (in modo contrario allo spirito del divieto) (5). Non è vietata una donazione ad es. destinata a procurare al marito i mezzi per sostenere onoratamente una carica, donde deriva lustro alla famiglia (6): la do-

---

(1) c. 36, § 3 C. 8, 53 (54). Cfr. c. 34 pr. *ib.*

(2) c. 34 § 1, 2 cit.

(3) *Vir et uxor* sono anzi per la legge, come sappiamo, *personae exceptae*. Sul divieto de' *dona vel munera ad causam orandam*, caduto sotto l'impero cfr. Ruggiero, *Diz. epigr.*, I, p. 120 sg.

(4) Fr. 1-3 D. 24 1.

(5) Ma all'uopo non parmi necessario statuire addirittura coll'Ascoli *due categorie* di donazioni (cfr. *Risposta* cit., § II).

(6) Fr. 42 D. 24, 1.

nazione di un *locus* destinato alla sepoltura e simili (1).

698. La donazione valida astringe il donante, che però ha, almeno nel diritto nuovo, il *beneficium competentiae* (2). La donazione fatta *sub modo*, ove il *modus* non venga eseguito, dà luogo ad una *condictio* (3) e pel diritto nuovo eventualmente anche ad un'*utilis rei vindicatio* (4). Il patrono può nel diritto classico sempre revocare le donazioni fatte ai suoi liberti, che in certo modo conservano un carattere di precarietà (5); nel diritto nuovo la revocabilità è limitata al caso di sopravvenienza di figli al patrono (6). Inoltre nel diritto nuovo il donante può sempre revocare la donazione per ingratitudine del donatario (7).

699. La donazione può anche farsi in vista della premorienza del donante al donatario (*donatio mortis causa*) (8): allora essa vien meno nel caso di premorienza del donatario e, tranne esplicita disposizione contraria, è revocabile ad arbitrio del do-

---

(1) Fr. 5, § 8, 17 D. *ib.* Cfr. Fadda, *Res religiosae*, p. 76 sg.

(2) Fr. 19, § 1 D. 42, 1.

(3) c. 3 C. 4, 6. Sull'azione del terzo destinatario del *modus* v. *supra*. S'avverta l'analogia col legato gravato di fedecommesso.

(4) c. 1 C. 8, 54 (55) offre un esempio abbastanza antico per un caso speciale (di *modus* alimentare).

(5) *Fr. vat.*, § 272, 313.

(6) c. 3 C. Th. 8, 13; c. 4 C. 8, 55 (56).

(7) c. 10 C. cit. (fr. 31, § 1 D. 39, 5 interp. cfr. *Fr. vat.*, § 254).

(8) § 1 I. 2, 7; fr. 26, 32, 35, § 2 D. 39, 6. V. fr. 27 *ibid*

nante (1), come già abbiamo avuto occasione di avvertire. Tale donazione è lecita anche fra coniugi (fr. 10 D. 24, 1). Essa ha una più evidente analogia coi legati, al punto che il donatario *mortis causa* può di regola essere onerato di fedecommesso; e che furono estese ad essa le leggi caducarie (2) e la legge falcidia (3). Giustiniano dice anzi (4), benchè non esattamente (5), che essa è assimilata ai legati; l'insinuazione può esser sostituita dall'intervento di 5 testi, quanti occorrono pei codicilli (c. 4 C. 8, 56 (57).

700. La premorienza presupposta del donante può formare il contenuto di una condizione sospensiva dell' atto (sospensione dell'obbligazione, del transito del dominio) (6); ciò ha sopratutto luogo quando si determina il pericolo, a cui il donante teme di soccombere (7). Può invece la condizione sospendere l'obbligo della retrodazione da operarsi ove invece premuoia il donatario: nel diritto nuovo può anzi discorrersi di una vera condizione risolutiva (8). In questo caso nel diritto classico il donante aveva od un'azione fondata nell'atto costitutivo (*actio ex stipulatu, fiduciae*) ovvero una *con-*

---

(1) Fr. 16, 30 D. *ib.*; cfr. fr. 13, § 1 e fr. 35, § 4 D. *ibid.*

(2) Fr. 35 pr. D. 39, 6.

(3) c. 2, § 2 C. 8, 56 (57).

(4) § 1 I. cit.: c. 4 C. cit.

(5) Intanto qui non occorre l'esistenza di un erede; vi sono regole speciali, cause proprie di caducità, ecc.

(6) Fr. 2; fr. 29 D. 39, 6.

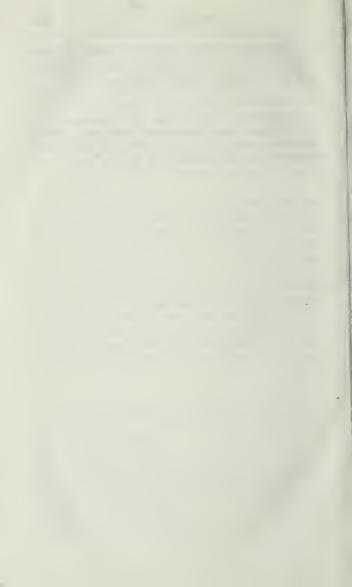
(7) Fr. 2 cit., § 1 I. cit.

(8) Fr. 2; fr. 29 cit.; fr. 35, § 4 D. *ib.*

dictio (1). Nel diritto nuovo (cfr. quanto abbiamo detto nel libro I) si ammette anche un'efficacia reale dell'avverata condizione risolutiva (2).

---

(1) Fr. 18, § 1; fr. 35, § 3; fr. 37, § 1 D. *h. t.*

(2) Fr. 30 e fr. 37, § 1 D. *h. t.* interp., cfr. Pernice, *Labeo*, III, p. 267, n. 4. A mio avviso interpolato o profondamente alterato è anche il fr. 29 *ib.*

LIBRO V.

DIRITTO DI FAMIGLIA E DI TUTELA

CAPO I.

Patria potestà.

701. Ancora nel diritto giustinianeo la patria potestà rimane il fulcro della famiglia. Essa non è più quel diritto assoluto, che era nel tempo repubblicano, quando il *paterfamilias* era veramente sovrano dei suoi famigliari: quando poteva esporli ed abbandonarli (1), alienarli (2), punirli corporalmente ed anche ucciderli (il costume imponeva di interrogare all'uopo il consiglio de' parenti). Un simile potere si mantiene teoricamente intatto sotto l'impero, ma con restrizioni importanti, quantunque spesso dissimulate (3). Già Traiano costrinse un

---

(1) I limiti ricordati in Dion., 2, 15 (siccome contenuti in legge romulea) non costituivano probabilmente che il contenuto di precetto religioso.

(2) O all'estero come schiavi o in patria alla condizione di *mancipium*.

(3) Papiniano (*Collatio*, 4, 8, 1) parla tuttavia del *ius vitae et necis* del *paterfamilias* siccome vigente: Dione Crisostomo espone a' suoi uditori (*or.* *XV*, p. 240 M.)

paterfamilias che maltrattava suo figlio ad emanciparlo (fr. 5 D. 37, 12): Adriano punì colla deportazione un *paterfamilias* che aveva ucciso suo figlio (sebbene colpevole) in una partita di caccia a tradimento «latronis magis quam *patris iure*» (1). Sospetto è un passo di Ulpiano (sovratutto confrontato con Coll. 4, 8, 1) secondo cui il padre non potrebbe uccidere il figlio, ma dovrebbe accusarlo «apud praefectum praesitemve provinciae» (2): le interpolazioni sono tanto più credibili, in quanto che pel diritto cristiano il *ius vitae et necis* è stato veramente tolto al *paterfamilias* (3). Circa il diritto

---

il contenuto della patria *potestas* romana: ἔξεστι τοῖς πατράσι περὶ τοὺς υἱέας καὶ δεῖν ἐὰν βούλωνται καὶ ἀποδίδοσθαι καὶ ὅ τι τούτων χαλεπώτερον. ἐφεῖται γὰρ αὐτοῖς ἀποκτεῖναι μήτε κρίναντας μήτε ὅλως αἰτιασαμένους. Adriano in un suo editto aveva dichiarato che quasi nessun popolo riconosceva così ampio diritto di patria potestà (Gai., 1, 55), e ciò era verissimo di fronte ai popoli di civiltà greca. Gaio ricorda in contrario l'esempio de' Galati (il suo testimonio è confermato da quello che dice Cesare della stirpe affine de' Galli *b. g.*, 6, 19); superfluo è aggiungere che l'istituto era in pieno vigore nel diritto latino: *lex Salpens.*, c. 22.

(1) Fr. 5 D. 48, 9: forse è da leggere *latronis (more) potius*, ecc. Il *ius patris* non viene dunque come tale messo in contestazione. Le ultime parole: «nam patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere» sono evidentemente interpolatizie.

(2) Fr. 2 D. 48, 8.

(3) Si cita la c. 1 C. 9, 17 di Costantino; ma essa non prova molto poichè ivi si dice solo che vi ha parricidio «si quis.. filii.. fata properaverit»; ma ciò può riferirsi alla madre o al padre, che non abbia la potestà (p. es. sul figlio emancipato). Invece si può addurre la c. 1 C. 9, 15 di Valentiniano e Valente, per cui il diritto di cor-

di alienazione si è già parlato: con Giustiniano vien meno anche il *ius noxae dandi* rispetto al *filiusfamilias*. Il diritto di esporre i figli è parimenti tolto al *paterfamilias* nel diritto cristiano: c. 2 (Valentiniano e Valente) C. 8, 51 [52]; v. pure la c. 3 *ibid.* e la Nov. 153 (1). Un diritto del *filiusfamilias* di reclamare *extra ordinem* gli alimenti del padre si viene costituendo: ai tempi degli Antonini è largamente riconosciuto (fr. 5 D. 25, 3).

Il *paterfamilias* può rivendicare il *filiusfamilias* che si trovi nelle mani di un terzo (2); da ciò però non si può dedurre, come fanno alcuni scrittori, un diritto per quanto attenuato di proprietà, ma un semplice rapporto di pertinenza.

702. In origine il *filiusfamilias* nulla può avere di proprio; quanto acquista (sebbene *suo nomine*) acquista il *paterfamilias*. Nè giuridicamente questo cessa di essere vero pel caso, che il padre gli conceda di avere de' beni in separata amministrazione e particolare godimento (*peculium profecticium*), giacchè di tali beni il *paterfamilias* rimane pur sempre

---

rezione paterna è ristretto alla *modica coercitio* (privata animadversio); «si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicum notioni». Il magistrato si uniformava nel pronunziare la sentenza alla domanda (purchè, è da ritenersi forse irragionevole) del padre, come si rileva dalla chiusa interpolata della c. 3 C. 8, 47.

(1) Il fr. 4 D. 25, 3 (Paulus, *lib. 2 Sent.*) è sospetto. Probabilmente esso aveva altro significato ed è stato dai compilatori messo sotto la rubrica «de agnoscendis et alendis liberis».

(2) Servono all'uopo anche gli interdetti *de liberis exhibendis* e *de liberis ducendis*: D. XLIII, 30.

proprietario (1). Il *filiusfamilias* rimane obbligato verso i terzi per i propri delitti: l'azione si rivolge contro il *paterfamilias* diretta o all'estimazione del danno o alla *noxae datio:* si rivolge contro lo stesso autore del maleficio, quando sia divenuto *sui iuris.* Ma questo principio (*noxa caput sequitur*), che vale come sappiamo anche pe' servi, non implica una vera capacità di obbligarsi giuridicamente. Piuttosto non può dubitarsi che, almeno nel periodo classico, il *filiusfamilias* (2) possa in generale obbligarsi pe' propri contratti: naturalmente l'azione non era di regola esperibile con frutto contro di lui che dopo che fosse divenuto *sui iuris* o in vista di questo evento (3). Il pretore però ammette che la condanna dell'azione fondata contro il *filiusfamilias* si possa con o senza limiti ritorcere contro il *paterfamilias*(4): senza limiti se il negozio fu compiuto per ordine di questo o se da questo il *filiusfamilias* fu preposto come istitore all'azienda o come capitano all'eser

---

(1) L'istituto del peculio profettizio si trova già pienamente sviluppato nelle commedie plautine: Capt., prol. 18 sg. «dedit eum [hominem] huic gnato suo peculiarem», *Merc.*, 1; 1, 95 sg. «mihi meus pater dedit aestimatas merces; ita peculium conficio grande».

(2) Non la *filiafamilias*: v. Gai., 3, 104. Essa acquista la capacità di obbligarsi nel diritto nuovo.

(3) Sull'argomento v. Solazzi, *Bull. dell'Ist. di d. r.*, XI, 113 sgg.

(4) Per ragioni analoghe, come a suo luogo si è detto, la condanna era rivolta contro il *paterfamilias* pe' negozii geriti dai servi; qui però l'azione non era come tale fondata contro il servo: all'uopo occorreva una finzione per cui il servo stesso si avesse da considerare come libero e capace.

cizio della nave, cui il negozio si rapporta: limitatamente al peculio o all'utile che il *paterfamilias* ha ricavato dal negozio, negli altri casi. Inoltre se il *filiusfamilias* esercita sciente il padre la mercatura e cade nell'insolvenza, il padre è equiparato agli altri creditori e deve lasciare a questi ciò che è di sua provenienza nell'azienda del figlio, in quanto eccede la percentuale a cui ha diritto (azioni « quod iussu, institoria, exercitoria, de peculio, de in rem verso, tributoria: *actiones adiecticiae qualitatis* »). È singolare che mentre sotto l'impero la tendenza (ajutata specialmente dall'esempio dei diritti ellenici) è quella di favorire la capacità del *filiusfamilias*, in un caso speciale essa sia stata limitata per opera del senatoconsulto macedoniano, che stabilì « placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur ». In base a questo senatoconsulto il pretore accordò al *filiusfamilias* mutuatario l'« exceptio senatusconsulti macedoniani ». Tale eccezione non ha luogo se il mutuo fu assunto col consenso paterno o, almeno a favore del padre, nei casi, in cui al fr. 7, § 11 D. 14, 6: non ha luogo se il mutuo è assunto per pagare un creditore contro cui l'eccezione non sarebbe stata opponibile, dovendo considerarsi piuttosto l'*origo obligationis*, che non il *titulus actionis* (c. 3 C. 4, 28: fr. 7, § 14 D. *h. t.*). Viceversa la eccezione è opponibile contro l'azione scendente dalla stipulazione che sia stata fatta per ignoranza *novandi causa* (fr. 20 D. *h. t.*). Il creditore può agire con profitto se dimostra ch'egli aveva buone ragioni per ritenere *sui iuris* il mutuatario (fr. 3 pr. § 1 e fr. 19 D. *h. t.*): per disposizione poi di Giustiniano (c. ult. C. 4, 28) il *filiusfamilias miles*

ha sempre facoltà di assumere mutui con piena efficacia obbligatoria: «in pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt». Ad ogni modo i giuristi romani considerano il *filiusfamilias* mutuatario siccome *naturaliter obligatus* e perciò non si può ripetere il soluto (1) (fr. 9, § 4, 5 fr. 10: fr. 11 D. *h. t.*) ed è valida la successiva costituzione di pegno che il *filiusfamilias* divenuto *sui iuris* faccia per tale obbligazione: fr. 7. § ult. D. *ib.*

703. Già Augusto (o lo stesso Giulio Cesare?) ha fatto una importante concessione a favore de' *filiifamilias* militari, accordando uno speciale trattamento al così detto *peculium castrense*. «Castrense peculium est quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit; quod nisi militaret adquisiturus non fuisset»: fr. 11 D. 49, 17. Di questi beni il figlio dispone e gode liberamente *inter vivos* senza ingerenza del padre: riguardo ad essi può stare anche come attore in giudizio; alla morte paterna li preleva dalla massa, come beni non cadenti nell'asse ereditario e nella sua divisione. Può anche disporne per testamento (2); ma se egli muore inte-

---

(1) Purchè il debitore paghi del proprio. Quindi il *filiusfamilias* difficilmente potrà *solvere* rettamente prima di diventare *suis iuris* (secondo il diritto classico), giacchè prima come potrebbe dare nummi che non siano del *paterfamilias*? Costui li potrebbe rivendicare, ma non *condicere*, se *consumpti:* fr. 7, § ult. D. *h. t.;* fr. 9, § 1 *ibid.*; fr. 14 D. 12, 1.

(2) Per disposizione di Adriano anche se ha lasciato il servizio; mentre prima di Adriano poteva testare solo il *filiusfamilias* che fosse tuttora nel servizio militare.

stato prima del padre, i beni stessi ricadono al padre *iure peculii* (e cioè come beni che fossero già prima proprietà del padre), non *iure hereditatis* (1): fr. 2 fr. 9 D. 49, 17. Meno questa conseguenza (essa pure sempre più attenuata) rispetto al peculio castrense il *filiusfamilias* può considerarsi siccome *sui iuris* e tale sua posizione aveva prodotto nelle menti di parecchi militari poco pratici di diritto equivoci curiosi (2).

In casi singolari e per via di costituzioni personali gl'imperatori hanno applicato lo stesso trattamento ad altre categorie di beni. P. es. Adriano (3) tolse al padre, che ne faceva mal governo, i beni che per fedecommesso avrebbe dovuto restituire al figlio *si in potestate esse desiisset* (4): Papiniano dice chiaramente che rispetto a tali beni il figlio dopo l'imperata restituzione dovesse considerarsi simile al militare rispetto al peculio castrense (5) e gli si dovesse quindi dare anche azione in giudizio contro i terzi (6).

704. Dopo Costantino vengono favoriti in modo analogo i *filiifamilias* aventi impieghi civili nello

---

(1) La tendenza del diritto classico è quella di assimilare sempre più negli effetti questo caso di acquisto *iure peculii* ai casi di successione ereditaria.

(2) V. la c. 3 (di Alessandro) C. 12, 37.

(3) Il provvedimento fu meramente personale; nelle Pandette però è riferito *ad exemplum* (fr. 50 D. 36, 1), come prova anche la chiusa interpolatizia.

(4) «Hereditatem restitui filio iussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet».

(5) «In ea hereditate filio militi comparari debuit».

(6) «Si res a possessoribus peti vel etiam cum debitoribus agi oporteret».

Stato (1) o ricoprenti ufficii ecclesiastici rispetto agli acquisti da essi fatti dai primi in occasione dell'ufficio, dai secondi in qualunque maniera (2). I moderni in base a qualche espressione delle fonti parlano qui di *peculium quasi castrense*.

705. Ancora più gravi sono altre riforme. Costantino (3) stabilì che l'eredità (testamentaria o legittima) della madre si acquistasse in proprietà a' figli e il *paterfamilias* non ne avesse che l'usufrutto vita sua durante (c. 1 C. 6, 60). Il trattamento medesimo fu poi esteso con una costituzione di Arcadio e Onorio (c. 2 *ibid.*) ai *bona materni generis* (provenienti cioè per successione, o fedecommesso, legato, donazione, dagli ascendenti della linea materna) e con costituzioni di Teodosio e Valentiniano, Leone ed Antemio ai lucri nuziali ed alle donazioni sponsalizie (c. 1 e 5 C. 6, 61). Una volta, che la logica inesorabile dell'antico sistema era stata così spezzata, restava preparato il campo per l'ampia riforma di Giustiniano (c. 6 C. 6, 61 riassunta nel § 1 I. 2, 9). La *generalis constitutio* dispone che ormai al *paterfamilias* non debbano pervenire in proprietà altri beni, che quelli che il *filiusfamilias* acquista *ex re patris*: « quod autem ex alia causa

---

(1) Anche gli avvocati per una costituzione di Arcadio e Onorio: c. 4, 14 C. 2, 7.

(2) Purchè non *ex re patris* (Marezoll, *Rivista di Linde* 8, 125 sg.).

(3) La considerazione de' *bona materna* (μητρῷα) come patrimonio a sè si deve all'influenza del diritto ellenico. Cfr. le singolari analogie colla legge di Gortina (6, 31-46) rilevate anche dal Mitteis, *Reichsrecht*, p. 238 sg. (cfr. Philostr., *Vitae Soph.*, 2, 1, 23 e il testamento citato in fr. 83 D. 3[illegible], 1).

sibi filiusfamilias adquisivit, huius usumfructum quidem patri adquiret, dominium autem apud eum remaneat ». Questo usufrutto è il succedaneo dell'antico dominio ed è quindi un riconoscimento della patria potestà: il che importa regole speciali (1). Intanto esso vien meno col cessare della potestà medesima, fatta parziale eccezione pel così detto premio di emancipazione (2). Nel caso di *plena adoptio* non può quindi essere dubbio che colla *patria potestas* passi (3) l'usufrutto, sicchè questo ormai spetti all'adottante (4). In qualche caso il *paterfamilias* non ha l'usufrutto sopra tali acquisti patrimoniali del *filiusfamilias* (5), p. e. se il *paterfamilias* ricusa la propria cooperazione all'acquisto,

---

(1) Non è p. es. di tale natura l'usufrutto che il marito binubo serba sui *lucra nuptialia*, salva ai figli la proprietà. Qui non si tratta di un acquisto patrimoniale dei figli, di cui spetti l'usufrutto al padre; bensì di un acquisto del padre di cui la legge trasferisce ai figli la proprietà. La distinzione è importante per le diverse conseguenze.

(2) c. 6, § 2 C. cit., § 2 I. *loc. cit.* Nel caso di emancipazione la costituzione ordina « ut parens... dimidiam (partem)... usufructus retineat ».

(3) Non è veramente che l'usufrutto cambi di titolare, ma un usufrutto si estingue ed un nuovo nasce pel verificarsi delle circostanze opportune.

(4) Si dice che tali acquisti patrimoniali (che non sono peculio profettizio, nè fan parte di peculio castrense o quasi-castrense) sono un *peculium adventicium*; ma la frase è inesatta poichè tali beni non sono mai in proprietà del *paterfamilias* nè possono mai ricadergli *iure peculii*.

(5) Qui la scuola parla di *peculium adventicium irregulare*: *regulare* è quello, in cui l'usufrutto spetta al padre.

se i beni furono da un terzo («nulla necessitate cogente») attribuiti al *filiusfamilias* a condizione che il *paterfamilias* non vi dovesse avere i soliti diritti di amministrazione e godimento e se il *paterfamilias* succede insieme al *filiusfamilias* ad un altro figlio per via di legge.

Quando il *paterfamilias* ha l'amministrazione e il godimento dei *bona adventicia*, se si tratta di *bona materna* o assimilati (*materni generis*, lucri nuziali e sponsalizii), deve prestare *omnem diligentiam* (c. 1 C. 6, 60) e quindi essi o i suoi eredi sono responsabili del detrimento derivante dalla mancata diligenza. Rispetto agli altri beni (1) egli ha solo un dovere morale di buona gestione e non può essere convenuto pel rendiconto (2). Gli è però interdetta l'alienazione, meno in casi tassativamente indicati (3). Il *paterfamilias* ha «plenissima potestas utendi fruendi et gubernandi» (c. 6, § 2) e può quindi intentare e sostenere i processi relativi agli avventizii (4).

---

(1) È seguita nel testo l'opinione esposta nello schol. ad c. 9 Bas. 44, 9 (IV, 535 Heimb).

(2) c. 6, § 2; 8, § 4 C. 6, 61.

(3) c. 8, § 4, 5 cit. E cioè: *a*) se vi son da pagare debiti che gravano sull'acquisto compiuto (specialmente su una eredità): ad essi sono equiparati i legati; *b*) se vi sono cose, la cui conservazione sia onerosa o impossibile.

(4) Pe' *bona materna* ciò è detto esplicitamente da Costantino nella c. 1 C. 6, 60 (cfr. la legge di Gortina, 6, 31, sg. *τὸν πατέρα καρτερὸν ἔμεν τῶν ματρόιων, ἀποδόσθαι δὲ μὲ, μεδὲ καταθέμεν*) : *a fortiori* è da intendersi per gli altri.

706. Nè questi soli sono i diritti di carattere patrimoniale, che man mano si vennero riconoscendo al *filiusfamilias* (1). A questo poi si venne anche in singoli casi ad attribuire il diritto di stare come attore in giudizio. Il pretore nel suo editto concesse a colui «qui in alterius potestate erit» il diritto di agire per ingiuria ricevuta, se «neque is in cuius potestate est praesens erit, neque procurator quisquam existat qui eo nomine agat» (2). Si comprende come tale passo si facesse relativamente presto (la clausola appartiene però alla categoria delle meno antiche), giacchè qui si tratta in via principale non di danno economico, ma di riparazione della contumelia. Il principio fu esteso in via di interpretazione (e alle stesse condizioni) all'azione contro il liberto, che abbia chiamato in giudizio *sine permissu praetoris* e all'*interdictum quod vi aut clam* (rimedio di urgenza destinato a far rimettere le cose in pristino) (3). Giuliano, citato da Paolo (4), concede in oltre ai *filiifamilias* le azioni di deposito e commodato (cfr. fr. 19 pr. D. 16, 3). Per tali azioni devono intendersi permesse le formole *in factum* (5)

---

(1) Notevole è l'ingerenza della *filiafamilias* nell'azione per restituzione della dote: fr. 2, § 1, 3, 34 D. 24, 3, ecc. v. anche più avanti. D'altra natura sono le restrizioni al potere del *paterfamilias* per effetto dei c. d. fedecommessi famigliari.

(2) Fr. 17, § 10 D. 47, 10.

(3) Fr. 12, D. 2, 4; fr. 19 D. 43, 24.

(4) Fr. 9 D. 44, 7.

(5) Questo vuol ben dire Ulpiano nel testo «in factum actiones filiifamilias possunt exercere» (fr. 13 D. 44, 7) alterato dai compilatori. Che con tale alterazione si volesse allargare la facoltà relativa del *filiusfamilias* non

ove la difficoltà teoretica è anche girata, perchè non occorre l'*intentio iuris civilis*. Praticamente poi tali azioni non mirano a ottenere altro che ripristino di uno stato di fatto. Nel diritto nuovo col generalizzarsi della *cognitio extra ordinem* e col riconoscimento di diritti patrimoniali nel *filiusfamilias* si è finito ad ammettere che le azioni dovessero concedersi a questi, ove vi fossero ragioni gravi (1).

CAPO II.

Matrimonio (2).

707. La *patria potestas* si acquista anzitutto colla procreazione in giuste nozze. Nel diritto giustinianeo non vi ha più traccia del matrimonio *cum manu*, per cui la donna veniva a trovarsi sotto la signoria del marito *loco filiae* e nella condizione patrimoniale di una *filiafamilias*. A' tempi di Gaio troviamo già cessato l'*usus* come modo di acquisto

---

è da negare: v. nel testo. *Extra ordinem* già al tempo di Settimio Severo si provvedeva in qualche caso più urgente: fr. 17 D. 12, 1.

(1) Il fr. 18 § 1 D. 5, 1 (per la vera opinione di Giuliano ivi citato cfr. fr. 9 D. 44, 7) nel suo significato genuino parlava di azioni esperibili *procuratorio nomine* (e cioè *nomine patris*); cfr. fr. 35 D. 3, 3.

(2) La maggiore opera recente sull'argomento è quella in tre volumi del Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* (1888-1890).

della *manus* (1, 111): la *confarreatio* è tuttora in vigore (1) e più ancora la *coemptio* (1, 113-114: v. *laudatio Turiae*, l. 14. 16). La moglie quindi dopo il matrimonio rimane *sui iuris* o nella patria potestà, secondo la sua condizione antecedente. Al matrimonio *cum manu* si riferisce tuttavia l'antica definizione conservata da Modestino (fr. 1 D. 23, 2), per cui «nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, *divini et humani iuris comunicatio*» (2).

708. Al matrimonio precedono gli sponsali, ossia la promessa di future nozze. Nel diritto classico e giustinianeo gli sponsali non hanno forma prestabilita (*sufficit nudus consensus:* fr. 4 pr. *h. t.*) e ciascuna delle parti può liberamente recedere, nonostante qualsiasi clausola in contrario (fr. 4 D. 23, 1). La disposizione del pretore, che priva in parte del *ius postulandi pro alio* colui, che prima di sciogliere gli sponsali in corso ne contrae degli altri, prova appunto la facoltà di sciogliersi (fr. 1 D. 3, 2: fr. 13, § 1 sq. *ibid.*) (3). Nel diritto nuovo Co-

(1) Sebbene scarsamente, gli effetti sono temperati per la *flaminica dialis* (Tac., *Ann.*, 4, 16; cfr. Gai., 1, 136 Kr.). Ulpiano descrive tuttora la *confarreatio* come istituto in uso (9, 1) e infatti posteriore all'avvento di Commodo al potere è la lapide (*C. I. L.* X, 6662) che ricorda un «sacerdos confarreationum et diffareationum». È da ritenere che l'uso della *confarreatio* si protraesse per tutto il tempo che durarono ufficialmente riconosciuti alcuni sacerdozii pagani.

(2) Nelle istituzioni giustinianee, dov'è verosimilmente riprodotta una definizione ulpianea (§ 1 I. 1, 9), non si discorre di questa *communicatio iuris*, ma solo della *coniunctio* e della *individua vitae consuetudo*.

(3) Nell'antico diritto romano era in uso la stipulazione

stantino fa perdere i presenti sponsalizi e le arre (1) a colui, che rinuncia senza giusta causa agli sponsali (c. 15 C. 5, 3); nel caso poi che lo sposo morisse *post osculum intervenientem*, la fidanzata o i suoi eredi possono conservare la metà dei presenti stessi: c. 16 *ibid. leges saec.* § 91. Per diritto giustinianeo le parti possono contrarre sponsali dopo i sette anni (fr. 14 D. 23, 1 interp.); il giurista classico parlava di quelli che hanno superato l'in-

---

per cui la donna era promessa al futuro marito (Varro, *l. l.*, 6, 69 sq.) e pare che ne derivasse in caso di inesecuzione obbligo di risarcimento (come certo per diritto latino derivava dalle reciproche stipulazioni in esso adoperate: Gell., 4, 4): cfr. Plauto, *Aulul.*, 2, 2, 78; *Curc.*, 5, 2, 74; *Poen.*, 5, 3, 38; *Trin.*, 5, 2, 38 sq., Ulp. in fr. 2 D. 23, 1.

(1) L'arra sponsalizia è ricordata in un solo passo dei Digesti (fr. 38 pr. D. 23, 2) interpolato. Del resto non si trova che in leggi di imperatori cristiani e anzi di imperatori d'Oriente (meno la c. 1 C. 5. 8 che risale a Onorio). Invece i *dona nuptialia* sono antichissimi in Roma, come appo tutti i popoli. Già la legge Cincia eccepiva tali doni dal suo divieto. Oltre la *donatio simplex* troviamo negli ultimi tempi classici menzione di una «donatio affinitatis contrahendae gratia»: colla condizione cioè che il matrimonio si contragga. Lo sposo può ripetere tale *donatio*, se il matrimonio non segue senza colpa sua (*Vat. fr.*, 262). Nel titolo 5, 3 del Codice (come ha già notato il Mitteis, *Reichsrecht*, p. 287 sg.) s'intrecciano costituzioni, che parlano dell'una e dell'altra *donatio* (c. 6, 8, 9 della *simplex*). Costantino estende a tutte le *donationes* il trattamento di quelle *adfinitatis contrahen dae gratia* evidentemente perchè esse di gran lunga prevalevano nelle provincie orientali (donde verosimilmente proviene l'uso) e non sempre tornava agevole il distinguere.

fanzia. Inoltre si esige il consenso di tutti quelli, di cui occorre per il matrimonio (fr. 7, § 1 *ib.*). Nell'antico diritto, quando il *paterfamilias* prometteva la mano della figlia, sembra che il consenso di questa non fosse richiesto: ne' varii casi che occorrono in Plauto non se ne fa mai parola: la frase consueta è *filiam spondere;* anche l'espressione *locare* o *collocare nuptiis* conferma tale opinione (1). Dovremo ammettere anche in questo punto un successivo limitarsi della *patria potestas*.

709. Il matrimonio libero non ha avuto una forma giuridicamente determinata (2); l'intervento della pubblica autorità non fu mai ritenuto necessario. Nel diritto classico esso è determinato dalla *maritalis affectio*, che è l'attuale volontà di vivere in comune per formarsi una famiglia (3) (« tecum vivere volt atque aetatem exigere »; Plauto. *Mil.* 4, 6, 60: cfr. *Stich.* 1, 2, 75 sg.) assumendo l'uomo la donna a godere della sua posizione sociale e dignità. Ma il matrimonio libero nel concetto romano non è un istituto giuridico per sè stesso: è un istituto etico e sociale, da cui scaturiscono notevoli conseguenze giuridiche e sotto tale aspetto, come sotto l'altro per cui si esige una disposizione permanente degli animi è paragonabile al possesso. Nella dottrina classica del *postliminium* esso figura

---

(1) La promessa fatta dal fratello (« eum sororem despondisse » *Trin.*. 5, 2, 9 *et alibi*) non viene in considerazione: è reminiscenza di diritto attico.

(2) Donde il tacito convalidarsi di un matrimonio nullo per cessare degli ostacoli perdurando il rapporto di fatto, fr. 4 D. 23, 2.

(3) « virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere »; fr. 5, § 1 D. 48, 20.

ancora fra le *res facti*, non fra le *res iuris*. E come al possesso occorre oltre l'*animus* che la cosa sia messa a disposizione del possessore, così a costituire il matrimonio e a fissarne il principio occorre che la moglie sia posta nella disposizione del marito (*deductio in domum mariti*) (1). Il matrimonio può quindi essere perfetto anche assente il marito, poichè la donna può essere *deducta* in casa di lui; non viceversa: fr. 5 D. 23, 2 (Paul. *Sent.* 2. 19, 8) (2). Naturalmente se ambo le parti sono presenti, può essere documentato anche in altro modo esteriore il fatto che ormai la donna si considera a disposizione del marito per la vita comune: ciò non toglie peraltro che il modo ordinariamente inteso sia quello L'influenza del cristianesimo è stata grande sulla essenza del matrimonio; non invece sulla forma, poichè prima del tridentino non c'era una forma speciale imposta per la celebrazione sacramentale: sebbene le parti solessero fare intervenire l'*eulogia* sacerdotale (3). La differenza è in ciò, che nel concetto cristiano il matrimonio non è solo un rapporto che si svolge via via col perdurare della *maritalis affectio*, ma è un atto, in cui le due parti si legano

(1) Dove i giuristi romani dicono « consensus facit nuptia » è *sempre* per escludere che sia all'uopo necessaria la coabitazione, il che non era inutile accentuare di fronte alla diversa disposizione di *certi legum conditores* (c. 8 C. 5, 5). Ma con ciò non vogliono essi negare quello che nel testo si espone.

(2) A mio avviso è di grande importanza la c. 6 C. 5, 3 (Aureliano).

(3) L'*eulogia* diventa più tardi nel diritto bizantino la forma impreteribile per un valido matrimonio: Leone, Nov. 89.

e si vincolano pel futuro. Pel concetto romano ripugna che il matrimonio venga assunto come un rapporto transitorio e temporaneo (v. avanti), mentre non ripugna che col venir meno dell'*affectio* esso poi venga meno (1); nel concetto cristiano esso è essenzialmente e positivamente un rapporto perpetuo, a cui si vincolano le parti col reciproco assenso.

710. In molte provincie dell'Oriente (come la Siria e l'Egitto) si richiedeva secondo il diritto indigeno un atto scritto per la validità del matrimonio questo scritto conteneva le disposizioni circa la dote e la donazione nuziale (2). L'imperatore Maioriano tentò di introdurre l'uso stesso come obbligatorio nell'impero di occidente (Nov. 6. 9): non c'è matrimonio senza istrumento di dote e di *donatio propter nuptias*, « scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscunque nupturis ambos *infamiae maculis inurendos, qui fuerint sine dote coniuncti*, ita

(1) Lo stesso è per il possesso: l'intenzione è diretta all'assoggettamento duraturo della cosa: di fatto la intenzione stessa può in seguito venir meno.

(2) V. i numerosissimi contratti nuziali egiziani (cfr. Photius, *Bibliolh.*, 242): altri ragguagli su popoli orientali nel Mitteis, *Reichsrecht*, p. 226 sg. Notevolissimo è il contrapposto fra il *diritto dell'occidente* e quello *dell'oriente* nelle *Leges saecul.* (§ 35, 36. 93), da cui appare come il diritto locale si era mantenuto in contraddizione al diritto dell'impero, e ciò spiega perchè questo avesse bisogno di essere frequentemente inculcato: c. 22 C. 5, 4 «si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legiti morum auferri» (Teod. II). Nov. 22, 3.

ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur ». Questa costituzione include una reazione contro il costume germanico, per cui era il marito che donava alla moglie e non viceversa. Essa vuole che sia assicurata al marito una « par sponsalicia largitas ». Ad ogni modo essa non ebbe seguito alcuno e le successive costituzioni degli imperatori di oriente ribadiscono il principio antico (1).

711. Con tale mancanza di forme stabilite non riusciva facile sempre il distinguere il vero matrimonio dal concubinato, ossia da quella relazione permanente che non era però accompagnata dalla *maritalis affectio*, e in cui la donna non veniva assunta alla stessa posizione sociale e dignità del marito. La questione è di fatto (2). Teodosio II ammette senz'altro il matrimonio ove si tratti di « pares honestate personae »: Giustiniano di regola assume il matrimonio anche fra persone *impares honestate*, purchè si tratti di persone *libere ed ingenue* sine aliqua distinctione (c. 22 e c. 23 § 7 C. 5, 4; forse interpolato è il fr. 24 D. 23, 2). Egli stesso si vede però costretto a porre dei limiti per togliere di mezzo le incertezze e così stabilì che per le persone di maggior rango (dagli *illustres* in su) (3) non si

(1) Una singolare applicazione della *constitutio Maioriani* nell'età merovingia si trova in Zeumer, *Formulae*, p. 208. Che nel medio evo non fosse dimenticata, prova il fatto che è contenuta nel codice sangallese 731 (Conrat, *Ztschr. der Sav. St.*, R. A., X, 140 sg. : la vera fonte fu indicata dal Mitteis, *Reichsrecht*, p. 229).

(2) La sua difficoltà appare anche dalle considerazioni di Giustiniano in c. 10 C. 5, 27.

(3) Una eccezione pe' barbari decorati di tale dignità Nov. 117, 4.

dovesse ritenere matrimonio, se non vi fosse dote e *donatio antenuptialis*: per gli *honestiores* (se non si facesse lo strumento dotale) prescrisse almeno un apposito certificato da sottoscriversi anche da testimoni e da consegnarsi ad un *defensor ecclesiae* che lo avesse a conservare nell'archivio; Nov. 74, 4 (1). La confezione dello strumento dotale è poi necessaria quando le parti viventi in concubinato vogliono legittimare la propria posizione. appunto per segnare il trapasso dall'uno all'altro modo di convivenza (2).

712. Il matrimonio romano è sempre stato monogamico, come il greco (fatte scarsissime eccezioni). Non così per alcuni popoli inclusi nella cerchia dello Stato romano, sovratutto ai confini orientali. Quale tenace resistenza le consuetudini poligamiche opponessero alle norme del diritto romano si può scorgere da costituzioni, che trovano necessario di proclamarle alla fine del terzo e anche del quarto secolo: c. 2 C. 5, 5 e c. 7 C. 1, 9. Il matrimonio romano, siccome includente la *maritalis affectio*, esclude che si possa apporre nella sua conclusione

---

(1) Questo è però un mero consiglio o almeno a tale è ridotto dalla Nov. 117, 4 cit.

(2) c. 22, 23 § 7 C. 5, 4. La ragione per cui Giustiniano si preoccupa *in genere* di dare forma certa al matrimonio degli *honestiores* è che qui possono sorgere rilevanti questioni di interesse; la ragione poi per cui in ispecie e con maggiore rigore dispone intorno al matrimonio delle persone *illustres* e di rango superiore è che qui sovratutto era in uso il concubinato (quasi come matrimonio morganatico), se l'unione era con donna di condizione inferiore, che non si voleva fare assurgere alla dignità maritale.

termine o condizione risolutivi: « vitam communem exigere » è il fine implicito nell'*affectio* stessa. D'altra parte il rapporto matrimoniale deriva, come abbiamo detto, dall'attuazione di uno stato di fatto corrispondente e dall'esistenza *attuale* dell'*affectio maritalis:* non è quindi possibile neppure un termine od una condizione sospensiva (1). L'istituto dell'anno di prova, che p. es. si mantenne in Egitto anche in età relativamente tarda (Revillout, *Chrest. démot.* p. 132 sg.), si deve alla costanza delle consuetudini locali, che non si poterono totalmente sradicare.

713. « Nuptiae (scrive Paolo fr. 2 D. 23, 2) consistere non possunt, nisi consentiant omnes: idest qui coeunt quorumque in potestate sunt ». Che anticamente bastasse il consenso de' *patresfamilias*, è sommamente probabile; per la donna sembra anzi che il suo consenso non si cominciasse a richiedere che tardi (ove fosse *alieni iuris*): nelle commedie plautine è sempre la volontà del *paterfamilias*, che viene in considerazione e sembra anzi esclusa quella della *filiafamilias* (Stich. 1, 2, 41 « viros nostros, quibus tu (pater) nos voluisti esse matresfamilias »: ib. 85 « persequimur (imperium patris), nam quo dedisti nuptum abire nolumus », ecc.). Anche le frasi *dare nuptum* e *nuptiis collocare* confermano questa idea. Pel *filiusfamilias* oltre il consenso di colui, che attualmente esercita la *patria potestas*, occorre quello di colui, che la deve esercitare in seguito (quindi pel nipote deve consentire l'avo, che attualmente è investito della potestà e il padre che

---

(1) Manenti, *Inapponibilità delle condizioni al matrimonio* (1889).

ne sarà investito, secondo le previsioni in avvenire). La ragione si è che altrimenti verrebbe taluno ad avere degli *heredes sui* contro voglia: § 7 I. 1. 11. Una grave restrizione al potere del *paterfamilias* portò la legge Giulia al c. 35 (fr. 19 D. 23. 2), dando facoltà ai *liberi in potestate* di richiamarsi ai magistrati contro l'ostacolo ingiustamente posto dal *paterfamilias* al loro matrimonio *(qui iniuria prohibuerint)*. Nel caso di *paterfamilias* incapace a consentire per infermità di mente nulla disponeva la legge. Ma era nello spirito della legge medesima se la giurisprudenza si fissò presto nel senso, che il consenso del *paterfamilias* infermo di mente potesse essere supplito per la *filiafamilias*. Più arduo era il caso del *filiusfamilias*. volendosi evitare di dare un *heres suus* all'*invitus*. La necessità e il *favor nuptiarum* vinsero gli scrupoli; Marco Aurelio concesse che il consenso potesse essere supplito in un caso particolare in cui si trattava di un *demens*; sulla interpretazione e applicazione della costituzione erano discordi i giuristi, ma Giustiniano stabilì che in ogni caso di infermità mentale potesse farsi a meno del consenso dell'incapace, intervenendo nella capitale il *praefectus urbi*. altrove il governatore o il vescovo (c. 25 C. 5, 4).

Per le femmine *sui iuris* appare certo che per diritto classico si esigesse l'*auctoritas tutoris* (e non solo pel matrimonio *per coemptionem*, in cui l'intervento del tutore è esplicitamente accennato da Gaio; ma anche pel matrimonio libero: cfr. Ulp. 11, 22). Un temperamento si ha colla costituzione di Severo e Caracalla, per cui in caso di dissenso fra tutore e parenti deve intervenire l'autorità giudiziaria: c. 1 C. 5, 4. Cessata la tutela *mulierum*, troviamo che gl'imperatori cristiani esigono per la donna mi-

nore di anni 25 l'assenso dei *propinqui* e in caso di divergenza l'intervento dell'autorità giudiziaria (Valent. e Valente c. 1 C. Th. 3, 7; cfr. Onorio e Teodosio c. 20 C. 5, 4).

L'attitudine al matrimonio nel diritto giustinianeo è fissata a 14 anni pel maschio e a 12 per la femmina, abbandonandosi le controversie anteriori (pr. I. 1, 10). Inetto senz'altro è l'eunuco.

714. Il matrimonio non può consistere che fra liberi e anzi fra cittadini; un matrimonio fra una parte cittadina e una straniera non è valido, che nella ipotesi che la parte straniera abbia il *ius connubii* (1). Il divieto di matrimonio fra patrizii e plebei ribadito anche nelle dodici tavole è stato abolito, se crediamo alla tradizione (2), già nel 309 di Roma: durò fino alla *lex Iulia* quello delle nozze fra ingenui e liberti. La legge medesima, che in questa parte è trattata come vigente nel diritto giustinianeo (3), restringe tale proibizione alle nozze fra persone di rango senatorio (4). La legge proibiva a tali persone il matrimonio con coloro che avessero esercitato l'*ars ludicra* e coi figli di questi: inoltre proibiva agli ingenui in generale di sposare

---

(1) Ciò ha ben poca importanza nel diritto giustinianeo, per cui tutti o quasi gli abitanti dell'impero sono *cives*. Nel diritto giustinianeo è parimenti cessato il divieto del matrimonio pe' militari in servizio (le ultime traccie appartengono al IV secolo: v. il Mommsen nel *Corpus. inscr. lat.*, III, *Suppl.*, p. 2011).

(2) *Lex Canuleia*: Liv. 4, 1, 6.

(3) Fr. 44 D. 23, 2.

(4) « Senator, filius, nepos ex filio proneposve ex nepote filio nato; senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato ».

donne ignominiose (1). Entrambi questi divieti sono tolti nel diritto giustinianeo (2).

La cognazione in linea retta esclude senz'altro il matrimonio: in linea collaterale il *vetus mos* che vietava il matrimonio « intra septimum cognationis gradum » (3) andò presto in desuetudine. A indebolire il salutare orrore per le unioni fra parenti contribuì oltre che l'interna decadenza del costume l'esempio degli altri popoli (4): la tendenza si rivela nella graduale restrizione del divieto (5). Sotto l'impero il divieto fra collaterali esiste, quando una delle parti non disti più di un grado dal comune capostipite. Un senatoconsulto (per favorire il matrimonio di Claudio con Agrippina: Gai. 1, 62) permise allo zio paterno di sposare la nipote: ma l'eccezione è sparita nel diritto giustinianeo, cfr. § 3 I. 1, 10.

Il cristianesimo era invece contrario alle nozze fra stretti congiunti. La sua influenza si fa sentire col ripristino dell'antico divieto delle nozze fra cugini (c. 1, 3 C. Th. 3, 10; c. 3 C. Th. 3, 12). Tale

---

(1) Fr. 44 cit. D. 23, 2; fr. 49 *ibid.*

(2) c. 23 C. 5, 4 abolisce il secondo. Il primo è trattato come tuttavia vigente ne' Digesti, loc. cit. e invero non fu levato che con una costituzione del 524 (c. 29 C. *h. t.* il cui contenuto per maggiore evidenza si dovette riconfermare nella Nov. 117, 6).

(3) Tacito, *Ann.*, 12, 6; cfr. il frammento liviano in *Hermes*, III, 372.

(4) In Egitto ad es. erano consueti perfino i matrimonii tra fratelli e sorelle: pe' re tali matrimoni erano anzi obbligatorii: Diodoro Sic., 1, 27; Wilcken ne' *Rendiconti dell'Accademia di Berlino* (1883), p. 903.

(5) Abbiamo memoria delle nozze vietate fa *consobrini* ancora verso la fine della repubblica.

norma sembra tuttavia che trovasse grandi difficoltà di applicazione, poichè Arcadio e Onorio la revocarono nel 405 (c. 19 C. 5, 4) e nel diritto giustinianeo si trova la contraria disposizione (§ 4 I. 1, 10) (1). L'affinità pare che non fosse considerata come un impedimento ne' tempi repubblicani (2). Gaio dice vietate le nozze con colei, *quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit:* 1, 63: nel diritto cristiano le troviamo anche vietate fra cognati (3). Nel diritto bizantino posteriore gl'impedimenti furono molto accresciuti per la diretta influenza dei precetti ecclesiastici (4).

Altri impedimenti sussistono:

a) fra la donna condannata per adulterio e il complice (5);

b) fra il tutore (e suoi discendenti) e la pupilla (6), che non abbia compiuto il venticinquesimo

---

(1) In tutti i codici della parafrasi greca ad *h. l.* è inserita la particella οὐ e così è ottenuto il significato contrario. Ma il cambiamento, come insegna uno scolio del Prochiro (ed. Zach., p. 52) e dell'Epanagoge (ad 17, 2 p. 110 Z.), deriva dalle vicende posteriori del diritto su questo punto: v. la mia edizione della Parafrasi, vol. I, p. 43.

(2) Nessuna difficoltà per questo riguardo ha incontrato il matrimonio di Sassia con Oppianico (Cic., *pro Clu.*, 5, 11).

(3) Valent., Teod. e Arc. c. 5 C. 5, 5.

(4) La più completa ed esatta enumerazione che io conosca è quella siriaca di 'Ebedjesû edita dall'Assemani (*Bibl Or.*, vol. III).

(5) Il divieto deriva dalla *lex Iulia de adulteriis*: non bastano semplici sospetti: fr. 11, § 11, 41 (40) pr. Digest. 48, 5.

(6) Senatoconsulto (177-180): per la sua interpretazione v. fr. 60 e fr. 64, § 1 D. 23, 2.

anno, nè sia stata desponsata o destinata a tali nozze per testamento del padre;

c) fra il governatore di una provincia e la donna della provincia medesima (in forza di mandati imperiali: fr. 65 D. *h. t.* 23, 2). Nel 388 fu vietato anche il matrimonio fra giudei e cristiani: anzi tale unione fu assoggettata alle pene dell'adulterio (1).

715. Quando il matrimonio sia stato contratto nonostante uno di tali impedimenti, esso è nullo e può essere anche in alcuni casi obbietto di persecuzione penale (2). La nullità è assoluta e può essere da chiunque invocata (3).

716. Il matrimonio si scioglie colla morte di uno de' coniugi, come pure colla caduta in schiavitù. Anche la *captivitas hostium* di uno de' coniugi scioglie il matrimonio e questo come rapporto di fatto non è neppur restituito mercè il postliminio (4). Se al ritorno dalla cattività, le parti si riuniscono nuovamente, si dà vita ad un novello matrimonio (5).

---

(1) c. 6 C. 1. 9.

(2) Da alcuni di tali impedimenti può dispensare un rescritto imperiale: ad es. c. 29 C. 5, 4.

(3) Data la nessuna necessità di forma col cessare dell'impedimento (p. es. di età e di mancato assenso degli ascendenti) può un matrimonio nullo divenire valido col perdurare della convivenza e dell'*adfectio* o piuttosto si forma un matrimonio valido per esservi le condizioni richieste.

(4) Si ammette l'applicabilità del postliminio solo quando ambedue i coniugi siano stati presi dai nemici e non abbiano mai cessato di convivere. In tal caso lo stato di fatto non ha subìto interruzione e si possono per conseguenza riconnettervi le conseguenze giuridiche: fr. 25 D. 49, 15.

(5) Fr. 12, § 4 e 14, § 1 D. 49, 15.

Nel diritto giustinianeo è stabilito che se uno dei coniugi è *captus ab hostibus*, l'altro non possa passare a seconde nozze finchè è certo che il primo viva, sotto pena di essere trattato come colui che ha dato colpevolmente causa allo scioglimento del matrimonio (v. avanti): se poi è incerto se viva, deve attendere un quinquennio ed indi può passare ad altre nozze senza temere conseguenze dannose (1). Anche la perdita della cittadinanza da parte di uno o di entrambi i coniugi logicamente reca con sè lo scioglimento del matrimonio. Il principio ha specialmente applicazione in caso di *deportatio* (fr. 56 D. 24, 3; fr. 43 D. 24, 1); però con Giustiniano (il rinvio a Costantino nella novella 22 non deve ingannare, poichè la c. 24 C. 5, 16 è interpolata) la *deportatio* non scioglie il matrimonio, se dura l'*adfectio*: in altri termini la *deportatio* non costituisce che una causa di divorzio (donde le interpolazioni in fr. 13, § 1 D. 24, 1: fr. 5, § 1 D. 48, 20 e c. 1 C. 5, 17). V. Lusignani, *Se il matrimonio si sciolga colla deportazione*, Parma 1898.

Inoltre il matrimonio si scioglie, quando venga a sorgere tra le parti un rapporto che lo escluda, come se il suocero addotti il genero, senza prima emancipare la figlia: nel qual caso i due coniugi vengono a trovarsi reciprocamente in condizione di fratello e sorella adottivi.

---

(1) Interpolazioni in fr. 6 D. 24, 2 e fr. 8 D. 49, 15. È genuino a quanto pare il principio del fr. 6 (Giuliano): « uxores eorum qui in hostium potestate pervenerunt possunt videri nuptarum locum retinere eo solo, quod alii temere non nubere possunt ». Ma a che precisamente Giuliano si riferisse e se parlasse in genere del matrimonio e non piuttosto di quello *cum manu*, non consta.

717. Può inoltre per diritto romano sciogliersi il matrimonio per volontà delle parti. Nel matrimonio libero, che consisteva puramente nel perdurare dell'*adfectio* e delle condizioni di fatto richieste, è ovvio che il tramontare dichiarato dell'*adfectio* medesima apportasse la dissoluzione del vincolo. Tale mutazione di volontà può essere reciproca (*divortium communi consensu*): il divorzio per mutuo consenso fu proibito da Giustinianeo per l'influenza della morale cristiana (1), ma il suo successore non seppe resistere alle molteplici pressioni da lui vivamente descritte e lo ripristinò (2). Se la volontà vien meno da parte di un solo de' coniugi, questo deve comunicarsi all'altro nelle ordinarie forme della *testatio* (o a voce avanti testimoni, o — più frequentemente nel diritto classico e posteriore — per iscritto: *libellum repudii*) (3). Anticamente avrebbe potuto anche il *paterfamilias* di uno dei coniugi mandare all'altro il repudio. Pel *filiusfamilias* tuttavia un simile diritto sembra essere presto andato in disuso. Per la *filiafamilias* un rescritto attribuito ad Antonino Pio (Paul. 5, 6, § 15) o a Marco Aurelio (Diocl. c. 5 C. 5, 17) vieta al padre di sciogliere un *matrimonium bene concordans* tanto più se havvi prole « nisi magna et iusta causa interveniente ». Nel diritto giustinianeo non c'è dub-

---

(1) Nov. 117, 10. Eccettua il caso che uno de' coniugi intenda far voto di castità.

(2) Giustino II nella Nov. 140.

(3) Paolo esige addirittura la *testatio* con 7 testimonii: fr. 9 D. 24, 2. Lo scopo è evidentemente quello di ben distinguere dissidii o rotture transitorie da un passo così grave e decisivo. Il diritto repubblicano si accontentava di molto meno: Cic., *de or.*, 1, 40.

bio che il *paterfamilias* non abbia più tale diritto e anzi che il marito abbia contro di lui l'*interdictum de uxore ducenda* (1).

718. Il diritto di ripudio è larghissimo nel diritto classico; non può essere escluso da patto in contrario (2). Anche sotto gl'imperatori cristiani esso viene disciplinato, ma non tolto. Vengono determinate le cause, per cui è lecito mandare il repudio: esse sono o non imputabili all'altro coniuge (assenza, impotenza) (3) ovvero a lui imputabili (delitto, mal costume ecc.): *repudium ex iusta causa*. Varie conseguenze pecuniarie colpiscono colui, contro cui viene spedito il repudio *ex iusta causa* e parimenti colui, che *sine ulla causa* manda il repudio (4).

719. Antichissimo è il divieto per la vedova di rimaritarsi entro dieci mesi dalla morte del marito: l'infrazione non importa la nullità del nuovo matrimonio, ma solo conseguenze penali: nel diritto nuovo l'infamia (5) e detrimenti pecuniarii considerevoli. Tale divieto anticamente fondato sul dovere religioso del lutto, si giustificò poi colla *turbatio*

---

(1) Ermog., fr. 2 D. 43, 30.

(2) c. 2 C. 8, 38 (39).

(3) La mera impotenza (fatta eccezione per gli *exeisi*) non è in diritto romano causa di nullità. Il divorzio in questi casi si dice *bona gratia factum*.

(4) Nov. 22 e 117. In tutti i casi per altro il ripudio spezza il vincolo coniugale.

(5) Mercè l'estensione generica data all'editto sul diritto di *postulare pro aliis* (fr. 11, § 1 D. 3, 2). L'Editto si riferiva a chi prende in moglie la vedova o la colloca in matrimonio: nel diritto nuovo l'infamia s'incorre anche dalla vedova, come appare dalla fine del fr. 11, § 3 (interp.) *ibid.* e dalle costituzioni che citeremo più sotto.

sanguinis (ossia col pericolo che altrimenti sorgerebbe di rendere incerta l'origine della prole) (1). Tuttavia non si fece che dagli imperatori cristiani il passo logico di estendere il divieto al caso di matrimonio sciolto per divorzio (2): essi poi estesero ad un anno il periodo del divieto (3). Del resto le nozze ulteriori non furono mai vietate nel diritto romano (4): mentre però esse erano incoraggiate e in certi casi imposte dalla legislazione matrimoniale di Augusto (Ulp. 14), dagli imperatori cristiani furono meno favorite, specialmente nell'interesse della prole del primo matrimonio: c. 3 e c. 6 C. 5, 9.

720. In seguito al divorzio se la donna crede di essere incinta, deve entro trenta giorni per disposizione del senatoconsulto Planciano *de liberis adgnoscendis* darne avviso con formale *denuntiatio* all'ex marito, perchè sia in grado di prendere le dovute precauzioni per impedire una supposizione di parto. Se la *denuntiatio* non ha luogo in modo regolare, il marito non è tenuto a riconoscere la prole (5). Se poi il marito teme che la moglie divorziata sopprima il parto da lui concepito, in base ad un rescritto dei *divi fratres* esso può costrin-

---

(1) Fr. 11, § 1, 2 D. 3, 2.

(2) La *lex Iulia* imponeva anzi alla divorziata di passare entro *sei mesi* (il termine fu poi dalla *lex Papia* portato a diciotto mesi) a un nuovo matrimonio: Ulp., 14.

(3) c. 8, § 4 i. f. (Teod. e Val.) C. 5, 17 (caso di repudio): «.. nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, tribuimus facultatem». Pel termine c. 2 C. 5, 9.

(4) Gravi limitazioni conosce invece il diritto bizantino.

(5) V. il senatoconsulto e gli ampii commenti in D. 25, 3. Il pretore provvide analogamente pel caso che il matrimonio si fosse sciolto per morte ne' rapporti degli eredi del marito: fr. 1, § 10 sg. D. 25, 4.

gerla a sottomettersi ad uno speciale regime di custodia (1).

721. Nel matrimonio libero la donna rimane nella sua condizione primiera: o in potestà del *paterfamilias* o *sui iuris*: i suoi beni (che non siano stati apportati in dote) rimangono in proprietà di lei. Varie sono però le conseguenze giuridiche derivanti dalla reciproca posizione de' coniugi: fra essi non sono possibili azioni penali o infamanti: nelle altre azioni personali la parte convenuta gode del *beneficium competentiae* e sono fra essi vietate le donazioni. Il marito è anche nel matrimonio libero il capo della famiglia (2); esso in qualche caso rende partecipe la moglie della sua dignità (fr. 1, § 1 D. 1, 9): a lui compete l'*interdictum de uxore exhibenda, ducenda*.

722. Il matrimonio purchè *giusto* conferisce al padre il diritto di potestà sui figli in esso procreati. Si hanno per procreati in esso i figli nati almeno sei mesi dopo la sua conclusione ed entro dieci mesi dalla sua dissoluzione: il rispetto al coniugio non permette di supporre che le cose stiano diversamente da quello che secondo le leggi naturali è possibile. Però è lecito di provare che la gravidanza ebbe una durata straordinaria (3): il marito poi è ammesso a dimostrare l'impossibilità che sia proprio il figlio pur nato durante il matrimonio (4).

(1) Fr. 1, § 1-8 D. 25, 4.

(2) La moglie deve *reverentia* al marito: fr. 14, § 1 D. 24, 3; costui le deve protezione: fr. 2 D. 47, 10,

(3) Ciò almeno fu ammesso ai tempi di Adriano; Gellio, 3, 16, 12.

(4) Fr. 6 D. 1, 6.

CAPO III.

Adozione e legittimazione.

723. L'adozione è nelle origini sue un istituto destinato a creare la patria potestà su taluno, che non è per nascita in giusto matrimonio *filiusfamilias* dell'adottante o che ha cessato di esserlo. Essa può riferirsi a colui che è *sui iuris* (*adrogatio*), come pure a colui che è *alieni iuris* (*adoptio*). La prima non può compiersi che per atto sovrano dell'autorità pubblica, non avendo colui che è *sui iuris* altri, che possa disporre della sua persona e ne possa mutare il *caput*: anticamente si faceva *per populum* (con deliberazione, *rogatio*, dei comizii curiati) (1): dopo Diocleziano almeno (2) si fa per decreto del principe (3). L'adozione invece in senso stretto si faceva dal *paterfamilias* dell'adottando in concorso coll'adottante: il magistrato si adiva per la formalità della *in iure cessio*, nella quale del resto egli non aveva che una funzione passiva (4); in seguito alle compiute solennità di rito *addiceva* il figlio all'adottante (5). Nel diritto nuovo basta che le parti si presentino davanti al magistrato, il

(1) Gai., 1, 99, 100; Ulp., 8, 2.

(2) c. 2 C. 8. 47 (48).

(3) § 1 I. 1, 11.

(4) Benchè si discorra di « adoptare *imperio* magistratus » Gai., 1, 98.

(5) V. la descrizione delle complicate formalità in Gai., 1, 133 sqq.

quale provvede in conformità delle loro richieste, stendendosi atto apposito per cura della cancelleria (1).

724. L'adozione romana nella sua funzione originaria è molto diversa da quella di altri popoli, chè mira non tanto a fate acquistare o a trasferire un diritto di potestà, quanto a creare artificialmente un rapporto di parentela. Come è noto, in varii diritti si soleva artificialmente costituire anche un rapporto di fraternità (2) e nelle più remote provincie dell'impero tale istituto, quantunque repudiato affatto dalla legislazione romana, seppe mantenersi tenacemente (3). Nel diritto greco era inoltre consueta l'adozione testamentaria, la quale non poteva servire se non a costituire un rapporto artificiale che servisse di base alla successione, e pur tale forma di adozione o almeno il suo concetto informativo si mantennero in qualche provincia orientale (4). Veramente di *adoptio per testamentum* si fa menzione anche in Roma sovratutto pel periodo comprendente la fine della repubblica e il principio dell'impero e il suo vero significato è molto discusso (5): è però

---

(1) *Inst.*, loc. cit.

(2) V. Tamassia, *L'affratellamento*, 1886.

(3) *Leges saeculares*, § 86; v. il Bruns nel *Commentario giuridico*, ad *h.* §; c. 7 C. 6, 24. Il fr. 42 pr. D. 38, 2 non si può certo addurre a provare la tesi contraria (cfr. ad es. Thibaut, *Sistema*, § 381 *i. f.*) V. anche Vangerow, *Pand.*, I, p. 459.

(4) *Leges saeculares*, § 37; cfr. Mitteis, *Reichsrecht*, p. 339 sg.

(5) Dirksen, *Versuche*, p. 73-89; Karlowa, *Röm. R. G.* II, 1, p. 246 sgg.; Mommsen, *Plinius*, p. 36 sgg. L'opinione forse prevalente è quella, che si tratti di una isti-

di grave importanza il silenzio assoluto dei giuristi su tale argomento. Ad ogni modo nulla di simile conosce il divieto giustinianeo. Tuttavia nel diritto nuovo l'adozione romana, come vedremo, si è in gran parte snaturata, e ciò si deve non solo all'avvenuta modificazione dell'istituto famigliare, ma all'influenza preponderante dei diritti ellenici. Di ciò diremo, parlando degli effetti dell'adozione.

725. Circa le condizioni dell'adozione occorre distinguere (come fa specialmente l'*Indice greco delle Istituzioni*) fra quelle comuni alle due forme e quelle proprie di una di esse. Le prime sono:

a) Il consenso delle parti: nell'*adrogatio* dell'arrogante e dell'arrogato; nell'*adoptio* de' due *patresfamilias*. Se poi taluno adotta un altro non in qualità di figlio, ma in qualità di *nepos ex filio* (v. sotto) occorre l'assenso anche del figlio, perchè non venga ad attribuirsi ad un *invitus* un *heres suus*. Giustiniano nella sua costituzione, in cui semplifica il procedimento per l'adozione in senso stretto, dichiara che colui *qui adoptatur* debba essere presente e non contraddica (1). L'assenso del *filiusfamilias* ceduto era evidentemente superfluo nell'antico sistema (2): pare però che già prima delle riforme giustinianee fosse dato a lui il diritto di pro-

---

tuzione in erede coll'obbligo di assumere il nome dell'istituente. Qualche caso particolare di *lex curiata* a scopi politici non va assunto a regola. Si avverta che tale c. d. *adoptio testamentaria* si trova compiuta anche da donne (Cic., *Ad Att.*, 7, 8; Sveton., *Galba*, c. 4).

(1) c. 11 C. 8, 47 (48); § 8, Inst., 1, 12.

(2) Il fr. 5 D. 1, 7 nella seconda parte è interpolato (Celso); come si rileva e dall'intima contraddizione e dalla forma cattiva.

testare contro un'adozione che si compiesse a suo danno (1).

b) L'adozione non può farsi che da chi può esercitare la patria potestà: donde «feminae adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent» (Gai, 1, 104). Però già ai tempi di Diocleziano troviamo concesso alla madre «in solatium filiorum amissorum» di adottare *per rescriptum principis*, stabilendosi così fittiziamente un rapporto di parentela (2). È questo un ben grave colpo dato al concetto originario dell'istituto.

c) L'adozione può aver luogo in taluni casi, in cui troppo manifestamente si contradirebbe alla natura delle cose, almeno giusta la massima accolta sotto l'impero, che *adoptio naturam imitatur* (troppo assoluta è la formola di Giavoleno, fr. 16 D. *h. t.*). Pare sempre essere stato negato il diritto di adottare all'*excisus* (3). Nel diritto giustinianeo si ha *pro monstro* che l'adottato sia maggiore dell'adottante; anzi deve il secondo superare almeno di diciotto anni l'età del primo (4). Del resto può adot-

---

(1) «In hoc casu (cioè dell'azione fatta da chi non è già ascendente dell'adottato) et contradicendi filio ex iure veteri datur licentia et invitus ad aliam transire non cogitur familiam»: c. 10 pr. C. *h. t.*

(2) c. 5 C. 8, 47 (48): «quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vicem legitimae subolis optinere, annuimus votis tuis... et eum perinde atque ex te progenitum ad fidem naturalis legitimique filii habere permittimus».

(3) E allo spadone; Gai., 1, 103. Non ai *thlibiae*: *Indice greco delle Ist.*, 1, 11, 4.

(4) § 4 Inst. 1, 11. Gaio, dà il punto come controverso 1, 106. Cicerone *pro domo*, 14) parla dell'arrogazione di

tare anche chi non è in matrimonio (1); si può adottare taluno come nipote anche senza aver figli (2) o senza considerarlo come figlio del figlio esistente.

d) Per impedire abusi non è lecito adottare nuovamente quello che fu già adottato e indi emancipato (3): nel diritto nuovo è vietata anche l'adozione de' figli avuti da concubina (4). Gli schiavi non possono adottarsi nel diritto nuovo (5); pel diritto anteriore sembra che si potessero (naturalmente non potevano arrogarsi) (6).

726. L'arrogazione originaria esigeva la convocazione (almeno fittizia) delle curie e la facoltà di parteciparvi in coloro a cui l'atto si riferiva. Sicchè

Clodio fatta da Fonteio, che per età potrebbe essere suo figlio e la dice contraria al *ius pontificium*. Ciò significa solo che nella pratica i pontefici non solevano approvare simili adozioni; il fatto stesso che l'adozione ebbe luogo dimostra che la regola non era assoluta: « pontificibus bona causa visa est: adprobaverunt: non aetas eius, qui adoptabat, quaesita est, ut in Cn. Aufidio, M. Puppio, quorum uterque nostra memoria summa senectute alter Orestem alter Pisonem adoptavit». Ulpiano pare dica che una simile adozione non deva concedersi che *ex iusta causa* (fr. 15, § 3 D. *h. t.*). Il fr. 40, § 1 *ib.* (Modestino) è — almeno nella sua ultima parte — interpolato.

(1) Fr. 30 D. 1, 7.

(2) Fr. 37 pr. *ib.* § 5 Inst., 1, 11.

(3) Fr. 37, § 1 D. *loc. cit.*

(4) Giustino, c. 7 Cod. 5, 27.

(5) *Indice greco delle Ist.*, 1, 11, § 12 (p. 55 ed. Ferr.) che interpreta in questo senso anche l'opinione di Catone riferita nel luogo corrispondente del testo latino. Sul diritto antico v. anche Costa, *Plauto*, p. 205, che però non dà una spiegazione esatta.

(6) Gell., 5, 19, § 11. Sul procedimento v. Girard, *Manuel*, p. 169, n. 3 e lo stesso sull'adozione degli stranieri.

essa non poteva aver luogo che in Roma (1); non potevano arrogarsi donne (2), nè impuberi (3). Questa ultima restrizione fu tolta da Antonino Pio, quando già l'intervento delle curie era ridotto ad una mera formalità priva di significato; abolita anche questa, troviamo possibile l'arrogazione nelle provincie (4) e quella delle donne (5). Inoltre l'arrogazione è un atto del potere pubblico e come tale può essere informata, meglio che non l'*adoptio* in senso stretto, ove è decisiva la volontà delle parti, a criteri di utilità e moralità sociale. Già Cicerone nel citato luogo c'informa di alcune massime, che si erano formate nella prassi del collegio pontificale, il cui intervento era nel rito originario motivato da più ragioni. Di regola non si ammetteva l'*arrogatio*, se l'arrogante avesse figli o ne potesse avere (« ut is adoptet, qui neque procreare iam liberos possit et, cum potuerit, sit expertus »); poi si teneva conto del rapporto di età (cfr. sopra); poi de' riguardi dovuti al *genus*, alla *dignitas* e sovratutto ai *sacra familiaria* (« ita adoptet, ne quid aut de dignitate generum, aut de sacrorum religione minuatur ») e finalmente in generale « ne qua calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur ». Simili criterii divennero anche più precisi e costanti, quando l'imperatore pontefice massimo e interprete supremo del diritto ad un tempo potè regolare con duplice autorità la materia. Di regola l'arrogazione non è

---

(1) Gai., 1, 100.
(2) *ib.* § 101.
(3) *ib.* § 102.
(4) Diocl., c. 6 D. *h.*
(5) Id. c. 8 *ib.*

concessa, se l'arrogante non ha almeno sessant'anni, ove per malattia o altra causa non si reputi opportuno il permetterla (1): o se chi vuole arrogare ha già altri figli anche adottivi (2). Parimenti è per regola vietata l'arrogazione di più persone (3): il liberto non può in via generale essere arrogato che dal proprio patrono (4). Chi è minore di venticinque anni non può essere arrogato da chi ne ha gerito la tutela e la cura (5). Devesi poi indagare, *ne forte turpis causa adrogandi subsit* (6). Specialmente a riguardo de' pupilli Antonino Pio nella sua lettera ai pontefici, in cui la permise, dettò norme rigorose per impedire che servisse come un mezzo comodo per troncare la tutela (7) o per far cadere le sostituzioni pupillari ordinate nel testamento paterno o per altri scopi meno degni.

Per togliere di mezzo ogni pericolo di calcolo interessato, fu disposto che l'arrogante dovesse garantire « se restituturum ea quae ex bonis eius (pupilli) consecutus fuerit illis ad quos ea res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu ». L'arrogante non può emancipare l'arrogato, *ante pubertatem*, se non per giuste cause e in tal caso deve rendergli il patrimonio (8): non può diseredarlo, ma deve lasciargli almeno la quarta parte de' suoi beni (*quarta divi Pii*). In questa materia le diffi-

(1) Fr. 15, § 2 D. *h. t.* 1, 7.
(2) Fr. 17, § 3 *ibid.*
(3) Fr. 15, § 3 *ib.*
(4) Fr. 15, § 3 cit.
(5) Fr. 17 pr. *ib.*
(6) Fr. 17 pr. cit.
(7) Fr. 17, § 1 *ib.*
(8) Fr. 18 *ib.*

coltà sono gravi per quello che concerne il modo di dare cauzione. I testi non parlano che di cauzione a favore di coloro, a cui sarebbero andati i beni del pupillo « si in suo statu permansisset »: non parla di cauzione a favore del pupillo medesimo pei casi di emancipazione e di diseredazione. Per la prima Marcello parla di una stipulazione fatta da un *servus publicus* per coloro « ad quos ea res pertinet » (1), le Istituzioni di una stipulazione promossa da una « persona publica, hoc est tabulario » (2). Noi non possiamo pensare ad altro, che ad una *stipulatio poenae* a favore della *civitas*, qualora il promittente non adempisse al suo dovere di conservare e restituire: stipulazione, che poteva essere garantita da fideiussori o da ipoteche. Non vedo ragione alcuna per ammettere qui una stipulazione a favore di terzi e per di più a favore di persone incerte e forse non ancora concepite (3).

727. L'effetto dell'adozione nel diritto antico e classico è, come si è detto, quello di costituire l'adottato nella patria potestà dell'adottante, come se fosse stato da questo procreato in giuste nozze; l'adottante assume il *nomen* (4) e la tribù dell'a-

---

(1) Fr. 18 cit.

(2) § 3 *Inst.* 1, 11.

(3) La pena deve naturalmente superare il valore del patrimonio pupillare; inoltre non è escluso che la *civitas* riscuotendo la penalità per la mancata condizione, compensi i privati della mancata restituzione del patrimonio. Sovratutto nel diritto nuovo ciò è conforme alle funzioni attribuite alla *civitas* e al *defensor civitatis* a favore dei patrimoni pupillari (ad es. § 5 I. 1, 11).

(4) Cicerone si meraviglia nel passo citato che Clodio dopo la famigerata arrogazione non si chiamasse Fonteio. Sotto l'impero è frequente il caso che l'adottato conservi il nome antico accanto al nuovo.

dottante, assume i *sacra* e diventa agnato degli agnati dell'adottante (1). Se egli era *sui iuris*, i propri beni passano all'adottante e i figli che fossero stati nella sua potestà passano nella potestà di questo (2). Viceversa l'adozione spezza i vincoli fra l'adottato e la sua famiglia originaria; cessano gli antichi rapporti di agnazione e solo rimangono quelli naturali di cognazione e di affinità (3). Però se egli viene emancipato prima della morte del suo padre naturale, il pretore lo chiama alla successione di questo nella categoria *unde liberi*, come se fosse stato emancipato da lui.

728. Tutto questo sistema è stato offeso nello spirito suo dalla concessione di Diocleziano fatta alle donne di adottare in certe condizioni. E quali fossero gli effetti delle nuove idee, appare dalle riforme di Giustiniano, che ne sono una logica derivazione. L'arrogazione rimane apparentemente in-

---

(1) Fr. 23 D. *h. t.* 1, 7. Il rapporto perdura finchè perdura il fondamento fittizio dell'adozione. Tolto di mezzo questo (ad es. per emancipazione) cessa ogni rapporto, anche di mera *cognatio*, per cui non v'è la *ratio sanguinis*. V. le ampie spiegazioni nell'*Indice greco delle Ist.*, 1, 10, § 1 (ed. Ferr., I, p. 41 sgg.). Cessa ogni rapporto anche coll'adottante medesimo, salvo il diritto alla quarta in caso di *emancipatio sine iusta causa* (§ 3 I. *h. t.*). Se poi chi ha tre figli maschi ne dà uno in adozione pel senatoconsulto afiniano l'adottato aveva in ogni caso diritto alla quarta nella successione de' beni dell'adottante, ancorchè emancipato (*Indice greco delle Istit.*, 3, 1, 14 ed. Ferr., II, p. 263 sgg.). Il senatoconsulto afiniano è stato abolito da Giustiniano.

(2) Fr. 15 pr.; fr. 40 D. 1, 7.

(3) Fr. 4, § 10 D. 38, 10.

tatta ne' suoi affetti; sostanzialmente viene profondamente modificata dalle nuove norme circa il regime domestico dei beni, di cui abbiamo detto parlando del contenuto della patria potestà. L'*adoptio* in senso stretto invece non è più destinata a trasferire la *patria potestas*; essa non crea che un diritto di successione legittima sui beni dell'adottante, ma non spezza veruno dei legami colla famiglia d'origine. Ciò vien meno in due soli casi, in cui l'*adoptio* (*plena*) conserva l'antica efficacia e cioè se il *filiusfamilias* è dato in adozione ad un ascendente, che non lo aveva in potestà (p. es. all'avo materno, « vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam paterno ») « quia in unam personam concurrunt naturalia et adoptionis iura » (1), ed in quello, in cui il discendente dato in adozione non è *heres suus* (perchè non immediato rapporto del *paterfamilias:* p. es. l'avo, vivente il figlio, dà in adozione il nipote: c. 10, § 4 cit.). Che tale *adoptio* si converta di diritto in *minus plena* col venir meno della persona intermedia, è affermazione comune (v. anche il Vangerow, *Pand.*, 1, 465), ma non sufficientemente provata.

729. Finalmente si può acquistare la *patria potestas* sui figli non procreati in giusto matrimonio mercè l'istituto della legittimazione, che appartiene al diritto nuovo (2). La legittimazione si compie in tre modi (3):

---

(1) c. 10 C. 8, 47 (48); § 2 I. 1, 11.

(2) Nel diritto antico la *causae probatio* e l'*erroris causae probatio* attribuivano la cittadinanza romana al petente (ove già non l'avesse), alla moglie e ai figli e faceva rientrare questi ultimi nella sua patria potestà: cfr. Gai., 1, 29-31 e 1, 65-67 La concessione della citta-

a) per *subsequens matrimonium:* Costantino e Zenone hanno permesso a coloro che in concubinato avevano procreato figli e che poi (senza che avessero figli legittimi da giuste nozze) si unissero in matrimonio, di avere come legittima quella prole, che diventava così soggetta alla patria potestà del padre. Tale concessione era solo a vantaggio di coloro che al tempo della pubblicazione della costituzione avessero già avuto prole da concubina, per aiutarli a sanare la propria posizione; non a vantaggio degli altri, che erano ancora in tempo a contrarre giusto matrimonio prima di aver figli (1). Invece Giustiniano ne ha fatto una regola stabile ed ordinaria, ampliando quanto fosse possibile i favori pe' figli prenati nella considerazione che la loro esistenza aveva verosimilmente contribuito sopratutto a far legittimare l'unione (2). Anzi l'esistenza di figli legittimi avuti da altro matrimonio anteriore non impedisce l'efficacia legittimatrice del matrimonio colla concubina (3). Per di più — mentre di regola

---

dinanza ad una famiglia peregrina non rendeva i figli soggetti alla patria potestà, senza che l'imperatore *causa cognita* avesse così esplicitamente concesso: Gai., 1, 93. 94. Diversamente erano trattati coloro che pervenivano alla cittadinanza romana «latii iure cum liberis suis»: *ib.* § 95: *frammenti di Autun*, §§ 1-8. Cfr. *Lex Salpens.*, c. 22.

(3) Quella dell'adozione una volta lecita (N. 74 c. 3) fu indi preclusa; c. 7 C. 5, 27.

(1) Zenone: c. 5 Cod. 5, 27.

(2) c. 10 e c. 11 *ibid.*

(3) Nov. 12, c. 4. S'intende che il concubinato non sia stato contemporaneo al matrimonio, chè in tal caso non vi sarebbe il *concubinatus* tollerato dalla legge, ma una unione adulterina. Cfr. anche Nov. 89, c. 8.

si esige che il matrimonio fosse possibile tra le parti al momento della concezione della prole — il beneficio della legittimazione si estende anche ai figli nati dal contubernio fra l'*ancilla* e il patrono, se questi più tardi manomette e sposa l'*ancilla* e dà la libertà ai figli medesimi (1). In tutti questi casi il matrimonio (cfr. *supra*) deve a scanso di equivoci (e per l'importanza di accertare la data) resultare da contratto dotale;

b) per *rescriptum principis:* Sebbene sia da ritenere che *ad personam* i principi solessero conferire anche prima tale beneficio, noi non troviamo l'istituto disciplinato e assiso su regole stabili, che nella Novella 74 (c. 1 e 2) di Giustiniano. Tale legittimazione è possibile, solo quando non si possa ricorrere alla precedente (per essere morta o latitante la madre dei figli, per essere indegna o per esistere qualche impedimento al matrimonio con essa): occorre poi che non esistano figli legittimi da altro matrimonio. Sebbene non sia del tutto chiaro pare conforme allo spirito di questa legittimazione, che è il complemento dell'antecedente, che essa non si potesse fare se non quando il matrimonio fra il padre e la madre fosse possibile al momento della concezione della prole (2);

c) per *oblationem curiae:* questa form adi legittimazione si trova già regolata in una costituzione

---

(1) Nov. 18 c. 11.

(2) Tale legittimazione può aver luogo anche dopo la morte del padre se questo aveva la intenzione di domandarla e ha dichiarato la sua volontà nel testamento, istituendo i figli. In tal caso i figli, se vogliono la condizione di legittimi, devono accettare l'eredità loro deferita.

del 442 di Teodosio e Valentiniano (1). Chi ha figli naturali può legittimarli o tutti o in parte donando a ciascuno almeno tanto quanto occorre a costituire il censo di decurioni e attribuendoli alla curia della loro patria (2), se si tratta di maschi; se si tratta di femmine, dotandole in tale misura e maritandole a decurioni. Per Giustiniano tale *oblatio* coi suoi effetti è possibile, anche se il padre abbia figli legittimi. Il padre può anche regolare *post mortem* la situazione de' figli naturali, lasciando quanto occorre per testamento e attribuendoli alla curia. È notevole che i figli legittimati *per oblationem* acquistano diritti e incontrano doveri solo di fronte al padre; non entrano del resto nella sua famiglia e parentela e sovratutto non ottengono i diritti successorii in confronto de' parenti di esso (3).

CAPO IV.

Fine della patria potestà.

730. La *patria potestas* si estingue per la morte del *filiusfamilias*; si estingue pure con quella del *paterfamilias*, a meno che non passi ad un mem-

(1) c. 3 C. 5, 27; cfr. c. 4 *ibid.* (Nov. 89, c. 2 pr.).

(2) Se il padre sta in un *vicus* si deve pensare alla curia della città, donde il *vicus*, dipende. Se sta in una delle due capitali, al cui senato non può attribuire la prole, può scegliere fra le altre città, purchè capoluoghi di provincia.

(3) c. 9 C. 5, 27. Nov. 89 c. 4 («lo facciamo per questa maniera legittimo di fronte al solo genitore»).

bro intermedio (p. es. colla morte dell'avo al padre). Alla morte delle parti si equipara la caduta in servitù (1), la perdita della cittadinanza (2). Nei casi, in cui tali eventi derivino da condanna penale (*servitus, poenae, deportatio*), ove segua *restitutio*, se si tratta del figlio, non è dubbio che esso ricade nella patria potestà (3); se si tratta del padre, non s'intendeva senz'altro che gli fosse resa la patria *potestas* e che si facessero ridiventare *alieni iuris* coloro «quos sententia patres familias effecit» (c 9 C. 9, 51). Occorreva che il *paterfamilias* fosse stato *specialiter* restituito anche in questo diritto («ut liberos in potestatem reciperet»). Ciò, trattandosi di *indulgentia generalis*, poteva egli domandare con apposita istanza; trattandosi di *indulgentia specialis*, in principio si esigeva che l'atto ne facesse esplicita menzione, poi si tenne sufficiente che essa fossa accordata nella forma più ampia (*per omnia restitutus*: § 1 I. *h. t.*, dove la punteggiatura va di conseguenza regolata) (4). L'arrogazione del *paterfamilias* estingue la sua *patria potestas*; ma i suoi *filifamilias* cadono con lui sotto quella dell'arrogante. L'*adoptio* (solo la *plena* nel diritto giustinianeo) del *filiusfamilias* estingue parimenti la potestà del *paterfamilias*, che lo dà in adozione.

---

(1) Ove però si tratti di prigionia di guerra, *iure postliminii* può risorgere il rapporto giuridico cessato: § 5 I, 1, 12.

(2) Cfr. anche la *lex Salpens.*, c. 22. Gai., 1, 131.

(3) § 1 I. *h. t.* Cfr. Paul., 4, 8, 22.

(4) Su questa non facile questione v. Ferrini, *Diritto penale romano* (Höpli, 1898), p. 335 sg.

731. La potestà può cessare anche per certa dignità che il *filiusfamilias* assume o in pena di certi atti del *paterfamilias*. Anticamente nessuna dignità sottraeva il *filiusfamilias* dalla soggezione al capo di casa: solo per motivi religiosi ne uscivano i *liberi virilis sexus*, ove fossero *inaugurati* flamini di Giove e le femmine, ove fossero *prese* come vestali (1). Giustiniano cominciò a stabilire che fossero esonerati dalla patria potestà i *filiifamilias* assunti al *patriciatus* (2); estese poi tale beneficio ai consoli, ai prefetti del pretorio e della capitale, al *magistri militum* (3) ed ai vescovi « dal momento dell'ordinazione » (4). In questi casi rimangono intatti tutti i diritti e vincoli di famiglia.

Valentiniano e Valente negano a' genitori, che hanno esposto la propria prole, di richiamarla sotto la patria potestà (5). Teodosio e Valentiniano, riprendendo lo stesso concetto, privano della patria potestà i padri, che prostituiscono le proprie figlie (6). Se il padre passa a nozze incestuose, i figli legittimi di un antecedente matrimonio escono dalla sua potestà (7).

732. Il diritto romano non conosce una diretta abdicazione della patria potestà. L'ἀποκήρυξις greca o atto unilaterale del padre che espelle il figlio,

---

(1) Gai., 1, 130; Gell., 1, 12, 9. 13.

(2) c. 5 C. 12, 3; § 4 I. 1, 12.

(3) Nov. 81 pr. c. 1, 2.

(4) Nov. 81 c. 3. Nov. 124 c. 3.

(5) « Nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit »: c. 2 C. 8, 51 (52).

(6) « Ne iure potestatis frui valeant nevo quid ex eis ita possit adquiri »: c. 6 C. 11, 41 (40).

(7) Giustiniano nella Nov. 12, c. 2.

privandolo dei diritti successori, è bensì tema continuo delle esercitazioni retoriche anche negli scrittori latini, ma non è mai stata accolta nel diritto di Roma (1). Tuttavia nelle provincie specie orientali si mantenne anche dopo la recezione del diritto romano e Diocleziano deve rescrivere ad un greco che «abdicatio, quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et apoceryxis dicebatur romanis legibus non comprobatur» (2). Nelle *leges saeculares* si dice, che è vietata l'espulsione del figlio adottivo e quella *senza causa* del figlio proprio (3), il che fa ritenere che nelle più remote provincie orientali l'uso si propagasse ancora nel quinto secolo.

733. Conosce invece il diritto romano l'*emancipazione*, che (qualunque fosse in origine la sua funzione) si ravvisa ed è trattata come un beneficio pel *filiusfamilias*. Le formalità di essa erano una volta artificiose e complicate: pe' figli occorreva una triplice *mancipatio* seguita da manumissione, applicandosi così la legge decemvirale che «se il padre avrà per tre volte venduto il figlio, *filius a patre*

---

(1) Tertull., *de prescr. adv. haer.*, 39, sembra trattare l'*abdicatio* come istituto vigente: è notevole che dica «abdicatio *sine lege* usurpata est». Ciò non potrebbe riferirsi che al diritto romano, poichè nei diritti ellenici non mancavano disposizioni legislative in materia (p. es. leggi di Gortina, XI, 10 sg.); inoltre si considera insieme l'*exheredatio* che è istituto tutto romano. Piuttosto che a malintesi, io riferirei la testimonianza ad abusi introdottisi nella prassi di alcune provincie per influenza ellenica. V. anche avanti nel testo.

(2) c. 6 C. 8, 46 (47).

(3) § 58 (*a*).

liber esto» (1); per gli altri *liberi* (figli, nepoti, ecc.) bastava una sola vendita con mancipazione conseguente. L'ultima manumissione soleva farsi dallo stesso *paterfamilias*, a cui pertanto l'acquirente trasferiva il *mancipium*, e così si acquistavano al primo i diritti di patronato, la tutela. ecc. Tali forme si conservano fino a Giustiniano (2) che sostituì una dichiarazione da farsi in tribunale. Se in origine l'*emancipatio* dovette essere un libero atto della sovranità del *paterfamilias*, già nell'età classica si ammette che non possa aver luogo ove il *filiusfamilias* si opponga (3) e viceversa che in

---

(1) Nel 531: «cum inspeximus in emancipationibus *vanam observationem custodiri*»: c. 6 C. 8, 48 (49), § 4. I. 1, 12. Già l'imperatore Anastasio nel 502 (c. 5 C. *ibid.*) aveva concessa l'emancipazione «per rescriptum principis», qualora i *filiifamilias* fossero assenti (la costituzione non è scevra di interpolazioni) e fosse quindi inapplicabile il rito delle mancipazioni. Nelle provincie più remote per altro non pare che la *vana observatio* e le «venditiones in liberas personas figuratae» trovassero accoglienza: nelle *Leges saeculares* basta all'uopo una lettera di liberazione che il *paterfamilias* dirige all'emancipando e che serve a costui di prova (§ 3). La c. 3 *h. t.* di Diocleziano sembra in parte rivolta contro simili usanze.

(2) «Filiusfamilias invitus emancipari non cogitur»: Paul., 2, 25. 5. V. la cautela imposta da Anastasio pel caso di emancipazione di assenti: c. 5 cit. Si possono quindi emancipare gli infanti: c. 5 C. *h. t.*

(3) Il principio fondamentale è naturalmente il contrario: fr. 31 D. 1, 7; c. 4 *h. t.*, 8, 48 (49) Papiniano ammette che *causa cognita* l'*impubes adrogatus* possa *post pubertatem* pretendere l'emancipazione: fr. 32 pr. Paolo (4, 13, 1) dice: «Ea condicione heres institutus

qualche caso si possa costringere il *paterfamilias* all' emancipazione. Le conseguenze della emancipazione andarono sempre più attenuandosi coll'attenuarsi del contenuto (sovratutto economico) del *ius potestatis:* già il pretore rispetto alla successione del padre considera l'emancipato alla stessa misura di quelli rimasti in potestà (v. sopra) e per la successione degli altri parenti, l'importanza sempre maggiore assunta dal rapporto cognatizio nell'eredità legittima e da ultimo la sua parificazione con quello agnatizío scemò e poi tolse il principale nocumento che poteva derivare dalla rottura formale dei vincoli di famiglia. Il peculio profettizio rimane allo emancipato, qualora non sia stato esplicitamente revocato (1): il peculio castrense o quasi-castrense gli appartengono omai di pieno diritto. Circa gli avventizii Costantino aveva stabilito un *praemium emancipationis* di un terzo della piena proprietà di essi a favore del padre: Giustiniano sostituì quello di metà dell'usufrutto (2). Gli effetti della *manumissio mancipii* una volta compiuta ordinariamente

---

si liberos suos emancipaverit, omnimodo eos emancipare cogendus est: pro condicione enim hoc loco emancipatio videtur adscripta »; ma tali parole si possono intendere nel senso, che *se* il *paterfamilias vuole* l'eredità, *deve* in ogni modo emancipare; considerandosi tale disposizione come una vera *condicio* e non come semplice raccomandazione: cfr. fr. 92 D. 35, 1. Il provvedimento di Trajano (fr. 5 D. 37, 12) è affatto *ad personam:* in ogni modo è il principe che impone l'*emancipatio* e non si fa parola di domanda del *filiusfamilias*. La strana ed esorbitante decisione in fr. 16, § 3 D. 27, 10 si deve ai compilatori.

(1) *Vat. fr.*, § 260.

(2) § 2 I. 2, 9.

dal *paterfamilias* furono trasferiti alla emancipazione nelle nuove forme (1): donde varii effetti per le successioni e le tutele (2). Dopo Costantino l'emancipazione è revocabile « si constiterit iuxta patrem liberos contra quam humanitatis ratio deposcit superbe crudeliterque se tollere » (3).

CAPO V.

Rapporti patrimoniali fra i coniugi.

734. Nell'antico matrimonio (4) *cum manu* tutti i beni che la donna possiede *nuptiarum tempore* diventano necessariamente proprietà del marito o del suo *paterfamilias:* su di lui incombono del resto tutti i pesi della famiglia, al suo patrimonio sono chiamati tutti gli *heredes sui*, compresa la moglie

---

(1) § 6 I. 1, 12; cfr. Inst. 1, 18 e 19 e l'indice greco *ibid.*

(2) Cfr. per le *opere* fr. 10 D. 37, 15.

(3) *Vat. fr.*, § 248; cfr. Valentiniano e Valente in c. 1 C. 8, 49 (50).

(4) Cfr. Bechmann, *das römische Dotalrecht* (1863-1867); Czyhlarz, *Das röm. Dotalr.* (1870); Esmein nella *Nouvelle Revue hist. de droit*, 1893, p. 145 sgg.; Ancona, *Il concetto della dote* (1890); Petroni, *Funzione della dote romana* (1897). V. da ultimo l'erudito lavoro del Solazzi, *Restituzione della dote* (1899). Anche nel citato libro del Brini si trovano trattate le più importanti questioni in proposito.

o la nuora, se tale (1). Nel matrimonio libero invece la naturale conseguenza del rapporto è la piena indipendenza economica di ambo le parti; ma sia per la dignità della donna (2), sia per un opportuno concorso al disimpegno degli *onera matrimonii* (3), era costume che o la donna stessa se aveva beni proprii o altri per lei arrecasse al marito un apporto patrimoniale. Tale apporto può avvenire ne' più diversi modi: vi può essere costituzione reale di dote (*datio dotis*), per cui il marito viene immediatamente investito della proprietà o di altro diritto

---

(1) Si diceva *dote* tale apporto patrimoniale della *uxor conventa in manum?* Cicerone lo dice in un notissimo passo della *Topica* (c. 4 § 23) e Paolo (*fr. vat.*, § 115) sembra confermarlo. Certo pare ad ogni modo che il sistema dotale nel matrimonio libero sia sorto per ottenere i buoni effetti, che, dato il regime d'allora, produceva l'assorbimento del patrimonio della donna nella *conventio in manum:* cfr. Girard, *Manuel*, p. 159.

(2) In nessun luogo il concetto è meglio significato che in Plauto, *Trin.*, 3, 2 v. 63 sgg. Esagera il Bechmann, *o. c.*, I, 126 sgg.

(3) Fr. 56, § 1 e fr. 76 D. 23, 3; fr. 16 pr. D. 49, 17; fr. 8 § 13 D. 20, 6; fr. 11 D. 23, 4; fr. 46 D. 10, 2; fr. 65, § 16 D. 17, 2; c. 20 C. 5, 12. Il Bechmann, *o. c.*, I, p. 3-32, nega che la funzione economica della dote di sopperire agli *onera matrimonii* sia essenziale (sovratutto pel diritto classico) al concetto giuridico di essa; vi può essere dote inidonea a tale funzione e vi può essere dote, ove non esistono *onera*. La sua dottrina è stata da molti confutata: v. la raccolta delle obbiezioni nel Petroni, *l. c.*, p. 83-123, che aggiunge alcune buone avvertenze. Il Petroni ha dimostrato che il Bechmann è stato precorso dal Galvani, *de usufructu* (Pad. 1650, p. 240 sgg.). Il Solazzi (*o. c.*, p. 46 sgg.) ammette uno svolgimento storico.

reale; vi può essere costituzione obbligatoria (*promissio* e *dictio dotis*: nel diritto nuovo è riconosciuto il *pactum dotis*, ma tramonta la *dictio*) (1): inoltre la dote può costituirsi, accettilando un debito del marito (2), cedendogli un credito (3), estinguendo a suo profitto un *ius in re aliena* (4) e così via. Anche un diritto temporaneo può formare il contenuto della dote (5), purchè si configuri come un incremento economico a favore del marito; all'uopo non servirebbe (come non serve per la donazione) la costituzione di malleverie o ipoteche (6). La dote presuppone dunque un valido matrimonio; essa ordinariamente è costituita prima di esso, ma può essere anche durante il matrimonio medesimo costituita ed aumentata (7). Pur nella prima e comune ipotesi l'apporto patrimoniale non assume natura e funzione di dote, se non colla effettiva conclusione di giuste nozze. La promessa dotale o l'accettilazione vengono meno, se questo manca (8); la traslazione di dominio può avvenire sotto condizione sospensiva *si nuptiae sequantur:* può avvenire immediatamente e allora, mancando il matrimonio sperato, il costituente avrà una *condictio* per la restituzione. Questo secondo trattamento è quello,

---

(1) Ulp., 6, 1.
(2) Fr. 43 pr., § 1 D. 23. 2.
(3) c. 2 C. 4, 10; cfr. Ulp., 6, 2.
(4) Fr. 78 pr. D. *h. t.*
(5) Czyhlarz, *o. c.*, p. 85, n. 7 (contro Bechmann, *o. c.*, II, p. 54).
(6) Czyhlarz, *o. c.*, p. 85, n. 6.
(7) *Vat. fr.*, § 110; cfr. Paul., *Sent.*, 2. 21*b* 1.
(8) Fr. 21 e 43 pr. D. 23, 3: tali atti sono dunque sospesi da una *iuris condicio*.

che, almeno nel più recente diritto classico (1), si applica dove non è evidente che le parti abbian voluto il primo.

735. La dote dicesi *profettizia* se viene dal padre o da un ascendente paterno; *avventizia*, se da altra origine. Essa si distingue dai beni che la moglie porta seco nella casa maritale o acquista di poi, sui quali nessun diritto spetta al marito (*res extra dotem constitutae:* fr. 95 pr. D. 35,2: *παράφερνα*: fr. 9, § 3 D. 23, 3). Il marito diventa domino delle cose date in dote o titolare di rispettivi diritti: tale acquisizione ha in origine carattere perpetuo (2) e ciò in piena corrispondenza colle esigenze del tempo. Infatti è giusto che la dote diventi stabile parte del patrimonio maritale, dove i figli (che per l'antico diritto non sono invece chiamati alla successione della madre) la ritroveranno; mentre nei casi particolari, in cui può essere equo che la dote torni in tutto o in parte alla moglie, il marito può adibire opportune disposizioni (*relegatum dotis*).

Del resto la restituzione della dote può con apposita stipulazione assicurarsi al momento della costituzione (*cautio rei uxoriae*). Quale fosse il contenuto originario di essa è molto disputato; la maggiore probabilità è che si stipulasse la restituzione delle cose apportate in dote o della loro estimazione (3). Del resto le parti potevano stabilire

(1) Fr. 8 D. cit.

(2) Fr. 1 D. cit.

(3) La notizia di Boezio (ad Cic., *Top.*, 6, 17, 65): « dos... his condicionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori » pende verosimilmente da una confusione colla formola

una restituzione parziale; potevano anche, dopo lo svolgimento delle stipulazioni, assumere a contenuto un *incertum;* potevano far dipendere la restituzione dall'ipotesi di divorzio (e questa dovette essere l'ipotesi anzitutto contemplata) (1) o in genere da qualsiasi causa di dissoluzione.

736. Indipendentemente da tali *cautiones* (2), con cui gli interessati provvedevano spontaneamente, sorse l'*actio rei uxoriae* per opera del pretore. Tale azione era, come ci viene precisamente attestato, *in bonum et aequum concepta* e quindi, secondo ogni verosimiglianza, un' azione penale (3) data contro il marito pel caso di divorzio. L'azione, come le altre *vindictam spirantes*, restò attivamente intrasmissibile; la pena consisteva nella restituzione di quella parte della dote che l'arbitro avesse stimato opportuno. Essa per altro ha cambiato natura; nel diritto classico essa ha carattere civile ed è posta fra le azioni di buona fede (4). Un mo-

---

dell'*actio rei uxoriae:* Esmein, *Revue* cit., p. 147 sgg.; Solazzi, *o. c.*, p. 176 sgg.

(1) Sovratutto per assicurare alla donna il mezzo di contrarre nuove nozze.

(2) Non pochi scrittori stabiliscono invece un rapporto di dipendenza, che, ove si tolga il citato passo di Boezio, non ha verun appoggio estrinseco ed è intrinsicamente del tutto inverosimile: Hasse, *Eh. Güterrecht,* p. 216 sg. e con particolare configurazione del rapporto Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 214.

(3) Ciò indurrebbe l'analogia dell'*actio iniuriarum* (estimatoria), dell'*actio sepulcri violati*, dell'*actio de effusis et deiectis*, tutte concepite in *aequum et bonum:* cfr. Esmein, *l. c.*, p. 152. Circa l'*actio funeraria* v. Solazzi, *l. c.*, p. 185 sgg.

(4) Gai., 4, 62; § 29 I. 4, 6. Cfr. invece Q. Mucio in

mento di grande rilevanza nella storia di essa è quello, in cui fu data contro gli eredi del marito nel caso di matrimonio sciolto per la di lui premorienza e di conseguenza al padre costituente contro il marito in caso di premorienza della madre figlia dell'attore: fr. 79 D. 23, 3. Tale estensione avvenne sul finire della repubblica: probabilmente in forza di nuova clausola edittale (1); l'azione di tale adattamento subì notevoli modificazioni non senza che della duplicità di trattamento si conservassero traccie nel diritto posteriore (2).

737. Il marito pertanto, sebbene rimanga proprietario della dote, risulta eventualmente obbligato alla restituzione; di fronte al suo dominio attuale vi ha l'eventuale credito della moglie. Tale eventualità non fu senza conseguenze circa l'esercizio della proprietà da parte del marito. Nella *lex Iulia de adulteriis* fu vietato al marito di alienare il predio italico dotale senza l'assenso della moglie (3)

Cic., *De off.*, 3, 17, § 70. Su *Top.*, c. 17, § 66 v. Solazzi, p. 184 sg.

(1) Per legge? Voig, *Die lex Moenia*, § 14, p. 58 sgg. Cfr. *R. R. G.*, I, § 69, n. 1 e 22. In contrario Czyhlarz, *o. c.*, p. 2 sgg. e e la maggior parte degli scrittori.

(2) Esmein, *l. c.*, p. 149. Con tale estensione dell'*actio rei uxoriae* si collega l'*edictum de alterutro* (c. 6 pr. C. Th. 4, 4; c. 1, § 3 C. 5, 13), per cui la vedova dove ottare fra l'esperimento dell'*actio rei uxoriae* e la petizione delle liberalità testamentarie destinatele dal marito. Giustiniano ha abolito (c. 1, § 3 cit.) tale editto.

(3) Tale divieto combinato con quello della *intercessio mulierum* ha condotto al risultato che il predio non si potesse ipotecare neppure coll'assenso della moglie. Giustiniano ha esteso questo resultato a qualunque aliena-

(Paul., 2, 21b, 2). Però questa stessa restrizione vien meno, se la dote fu costituita con estimazione *venditionis causa*, giacchè allora vero oggetto della dote è il prezzo, che il marito deve sborsare alla soluzione del matrimonio e di cui egli intanto gode il reddito *ad sustinenda onera:* fr. 11 D. 23, 5. L'effetto di tale restrizione è la nullità dell'atto alienativo, che può farsi valere tanto dalla moglie che abbia ricuperato la dote, quanto dal marito, durante il matrimonio: non però dal marito che abbia, al termine di questo, lucrata la dote (1).

738. Il credito della moglie alla restituzione può dunque essere assistito dall'*a. ex stipulatu* nel caso di apposita *cautio*, può invece essere devoluto nell'*a. rei uxoriae.* La prima è un'azione di stretto diritto, la seconda è concepita *in aequum et bonum*. La prima importa l'integrale restituzione di tutto quanto fu stipulato, a meno che sia dovuto un *corpus certum* e questo sia perito senza che al marito sia imputabile una *culpa in faciendo:* essa può esperirsi dalla donna, senza che per questo deva rinunciare alle liberalità testamentarie del marito. La seconda invece importa la restituzione, se ed in quanto ciò appaia all'arbitro *meglio e più equo:* non si può accumulare il suo esperimento colla domanda delle liberalità testamentarie del marito;

---

zione di qualunque immobile dotale. Il divieto accennato nel testo comprende qualsiasi alienazione, anco indiretta purchè volontaria (fr. 78, § 4 D. 23, 3): anche l'usucapione non può decorrere sul predio italico dotale finchè si trovi in tale condizione (fr. 28 pr. D. 50, 16), il che non toglie che l'usucapione già incoata continui (fr. 16 D. 23, 5).

(1) Fr. 17 D. 23, 5; fr. 42 D. 41, 3.

questi risponde del suo contegno quale amministratore delle dote, se ha adibito minor cura che ne' propri affari. Nella prima ipotesi si discorre di *dote recettizia*: nella seconda invece la dote non è destinata in via assoluta alla restituzione: sia essa profettizia, sia avventizia.

La dote recettizia deve sempre restituirsi o dal marito o da' suoi eredi e deve restituirsi a colui, che ne ha stipulato la restituzione. Invece la dote non recettizia deve restituirsi, se e in quanto ciò sia conveniente, alla donna, chiunque sia stato il costituente; se la donna premuore prima di avere costituito in mora il marito o i suoi eredi, l'azione vien meno (1), tranne che si tratti di dote profettizia e l'ascendente che l'ha costituita, morta la figlia in matrimonio, la voglia ricuperare (Ulp., 6, 4; fr. 6 D. 23, 3). Se la donna è in potestà, il *paterfamilias* non può esperire l'azione che col suo concorso (2) e qualora esca dalla *potestas* prima che il credito sia estinto lo porta con sè (3).

739. La dote recettizia va restituita immediatamente alla scadenza dell'obbligazione nel modo stesso che si paga ogni altra obbligazione (4): nell'*a. rei uxoriae* il marito ha pe' fungibili la facilitazione di pagarli in tre rate annuali (*annua bima trima die*) (5). L'*a. ex stipulatu* comprende in con-

---

(1) Nel diritto classico essa è dunque trasmissibile passivamente. Diritto anteriore? Esmein, *o. c.*, p. 159.

(2) Ulp., 6, 6; fr. 3 D. 24, 3.

(3) Gide, *Condition de la femme*, p. 586.

(4) c. 1, § 7 C. 5, 13.

(5) Ulp., 6, 8. Pe' *mores minores* il marito è punito col'obbligo di pagare entro un semestre; nel caso di *mores graviores* deve pagare immediatamente: Ulp., 6, 13

formità alle regole a noi ben note di questo rimedio tutto quello che le parti dedussero in stipulazione: in simile azione non può per diritto classico operarsi veruna compensazione pe' crediti che il marito vanti in base ai rapporti patrimoniali (1) verso la moglie; è anche ovvio che in siffatta azione non possono tenersi in conto riguardi di convenienza o di equità. Non così l'*a. rei uxoriae* oltre il *beneficium competentiae* (2); il marito può far valere diverse deduzioni, che si comprendono sotto il nome di *retentiones: aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas aut propter res donatas, aut propter res amotas* (3). Circa la prima non è sufficientemente provata l'opinione pur diffusa che essa abbia un carattere penale e si faccia valere solo dove paia opportuno punire la donna (4). Sembra più naturale il concedere, che tale *retentio* costituisse un compenso al marito per l'onere della prole, sebbene si facesse valere in caso di divorzio occasionato da *culpa* in genere della donna o del padre, di cui essa fosse *in potestate* (Ulp. 6, 10). La *retentio* fu determinata, in base a qualche provvedimento legislativo (5), in un sesto per ogni singolo figlio: il cumulo di tali ritenzioni non poteva in ogni caso oltrepassare la metà della dote. La *retentio propter mores*, che parimenti dovette determinarsi sopra un fondamento legislativo, ha per presupposto lo scio-

---

(1) Si pensi all'*actio rerum amotarum*, alla *condictio* di cose donate, al *iudicium de moribus* (su di questo v. da ultimo Solazzi, *o. c.*, p. 291 sgg.).

(2) Fr. 20 D. 42, 1: c. 1, § 7 C. cit.

(3) Ulp., 6, 9.

(4) Cfr. Solazzi, *o. c.*, p. 317 sgg.

(5) *Lex Iulia de adulteriis? l. c.*, p. 319 sg.

glimento del matrimonio per divorzio causato dai *mores mulieres:* questi si distinguono in *graviores* (adulterio) e *leviores* (*omnes reliqui*): la *retentio* è di un sesto pei primi, di un ottavo pei secondi (1). *Propter res amotas* il marito ritiene quanto avrebbe potuto conseguire coll'*actio rerum amotarum: propter res donatas*, quanto avrebbe ottenuto domandando direttamente la restituzione. Rispetto alle *impensae* occorre ricordare la nota distinzione in spese necessarie (senza cui la dote sarebbe divenuta *deterior*); utili (per cui la dote è divenuta *fructuosior*) e voluttuarie (2). Le prime davano sempre luogo a *retentio,* le seconde solo se fatte *voluntate mulieris,* le ultime mai (3). Queste tre ultime categorie di *retentiones* si fanno sempre valere contro l'*a. rei uxoriae,* anche quando essa è data contro gli eredi del marito, anche quando il matrimonio si è sciolto per morte (4). Però se l'ascendente che ha costituito una dote profettizia sopravvive alla figlia e chiede la restituzione al marito, costui può ritenere una quinta parte per ogni figlio *in infinitum* (5).

Finalmente, a differenza dell'*a. ex stipulatu*, l'*a. rei uxoriae* gode di un privilegio se essa almeno è

---

(1) Ulp., 6, 12. Per le questioni v. Solazzi, **o. c.**, p. 270 sgg.

(2) Ulp., 6, 14-17.

(3) Riccobono, *Bull. dell'Ist. di d. r.*, IX, p. 238 sgg. Cfr. fr. 8 D. 25, 1; fr. 79, § 1 D. 50, 16: fr. 11 pr. Digesto 25, 1. In che limiti poteva il diritto pregiustinianeo riconoscere un *ius tollendi* (*fr. sin.*, § 9; secondo il Riccobono in questa parte composto dopo le riforme giustinianee) non è facile determinare.

(4) Fr. 15, § 1 D. 24, 3.

(5) Ulp., 6, 4.

intentata dalla moglie: questa è preferita a tutti gli altri creditori chirografarii del marito (1).

740. Il sistema, che noi abbiamo tracciato, durò, salvo alcune modificazioni, fino ai tempi di Giustiniano. Quelle modificazioni, che preparano la via alle riforme giustinianee, si comprendono meglio, quando si considerino come prodotte dall'influenza del diritto ellenico, il quale in materia di dote ha tre principii fondamentali, che lo distinguono nettamente dal romano (2). Questi sono:

a) che la dote è proprietà della moglie e che il marito non ha che un diritto di usufrutto e di amministrazione (3);

b) che la dote profettizia è pure proprietà della figlia e che allo scioglimento del matrimonio viene ereditata dai discendenti di essa (4);

c) che la dote costituita dal padre sta in luogo e compenso di successione (5).

Che tali principii anche dopo la costituzione di Caracalla si mantenessero vivi nella coscienza giuridica degli abitanti delle provincie orientali, si può ricavare anche dalle non poche costituzioni che richiamano di fronte ai principii medesimi quelli ben diversi del diritto romano (6). Così si spiegano le

(1) c. 1 C. 7, 74.

(2) Mitteis, *Reichsrecht*, p. 232 sgg.

(3) Legge di Gortina (Buecheler), II, 45: III, 17 e 24. *Ed. Tib. Jul.*, § 5. Meier-Schömann, *att. Proc.*, II, p. 519 ed i contratti di El-Faijûm in Mitteis, *o. c.*, p. 233 sg.

(4) Legge di Gortina, III, 31; Meier-Schömann² *l. c.*, II, p. 521.

(5) Plato, *de leg.* IX, p. 923. Mitteis, *l. c.* p. 237 sg.

(6) Rispetto al primo: c. 3, c. 11, c. 17, c. 22, c. 23; cfr. c. 12 C. 5, 12. Rispetto al secondo: c. 18 e c. 24 *ib.*, rispetto al terzo c. 1 C. 6, 58; *leges saecul.*, § 1.

riforme di Teodosio II, che escludono o quasi il ritorno all'ascendente della dote profettizia e procurano di assicurarla ai figli (1). Il pensiero informatore abbandonato da Leone (2), che reagisce contro le accennate innovazioni, fu riassunto da Giustiniano. Nella sua legislazione il *lucrari dotem* da parte del marito scompare e invece si afferma un diritto sicuro sulla restituzione della dote a favore della moglie o de' suoi eredi. Solo quando il *paterfamilias* costituisce una dote alla figlia *in potestate* si mantiene la norma antica della *dos profecticia* (3): fuori di questo caso sono preferiti gli eredi della donna ed in particolare i figli.

Il marito rimane formalmente proprietario della dote durante il matrimonio: ma l'imperatore medesimo riconosce che ormai tale proprietà è più di nome che di fatto (4). Infatti il marito non può alienare verun immobile dotale neppure col consenso della moglie; sulle *res dotales* tuttora esistenti nel patrimonio del marito al tempo dello scioglimento del matrimonio la donna ha un'*utilis rei vindicatio*, che è un gravissimo sintomo della profonda

---

(1) *Leges saec.*, § 29 (cfr. testo arabo, § 44); Mitteis, *o. c.*, p. 249-252. Cfr. c. 1 C. Th. 8, 19.

(2) *Leges saec.*, § 92.

(3) Questo solo caso è considerato nella c. 1, § 13c C. 5, 13. Il punto è però disputato: cfr. da ultimo Solazzi, *o. c.*, p. 424 sgg.

(4) c. 30 pr. C. 5, 12 « *legum suptilitate* transitus earum (delle cose dotali) in mariti patrimonium videtur fieri... eadem res et ab initio uxoris fuerant et *naturaliter in eius permanserunt dominio* ». Gli stessi divieti di alienazione rafforzati nel diritto giustinianeo (cfr. Girard, *Manuel*, p. 934) provano però la sussistenza dell'antico principio teorico.

influenza che' concetti ellenici (1). Sulle cose stesse la donna ha un'azione ipotecaria, la quale ha il vantaggio di far passare la donna avanti i creditori del marito aventi ipoteche generali; poichè tale azione è privilegiata in loro confronto (2). Giustiniano ha accordato pure alla donna un'ipoteca legale su tutti i beni del marito avente data dal giorno del matrimonio (3) trasformata poi in un'ipoteca privilegiata preferita in grado a tutte le altre comprese quelle costituite prima del matrimonio ! (4).

741. Circa l'azione con cui domandare la restituzione della dote lo stesso imperatore con una innovazione almeno sotto il rispetto della forma molto strana (5) ha voluto abolire ogni differenza fra l'*a. rei uxoriae* e l'*a. ex stipulatu*. La nuova azione porta il secondo nome, ancorchè non siavi stata stipulazione alcuna, ed è, nonostante tale denominazione, di buona fede (6). Tale azione compete alla moglie o suoi eredi (al *paterfamilias* di essa nell'unico caso citato); agli eredi si trasmette anche se la moglie muore prima che il marito sia costituito in mora (c. 1 § 4). Ai terzi l'azione non spetta

---

(1) Const. cit. Cfr. Mitteis, *Reichsrecht*, p. 255. Circa le parole *si tamen extant*, si dubita se debbano intendersi materialmente o se siano escluse le cose validamente alienate, come pare più verosimile.

(2) Anche questo punto è disputato: Windscheid, *Pand.*, II, § 503 n. 4.

(3) c. 1, 1*b* (1) C. 5, 13.

(4) c. 12 C. 8, 17, 18.

(5) c. 1 C. 5, 13; § 29 I. 4, 6.

(6) In questo caso pertanto nel diritto giustinianeo, *anche se si concludesse una vera e propria stipulazione*, nascerebbe un'azione di buona fede: c. 1, § 2 cit.

che in caso di esplicita convenzione (§ 13*b*). Gli immobili dotali vanno restituiti subito: pei mobili è concessa la dilazione di un anno (1). Il marito conserva il *beneficium competentiae*, ma sono abolite le *retentiones*. Il marito può rivendicare o *condicere* la *res donatas*; può esperire l'*actio rerum amotarum*; può esperire l'azione di mandato o *negotiorum gestorum* per le *impensae utiles*, valersi del *ius tollendi* per le voluttuarie (le necessarie *minuunt dotem ipso iure*), ma tutto ciò non deve incagliare la restituzione integrale (§ 5). Le *retentiones propter mores* e *propter liberos* sono assorbite dai provvedimenti relativi al divorzio.

742. Oscure sono le origini e le funzioni della *donatio ante nuptias* (con Giustiniano *propter nuptias*), la cui importanza è grande nel diritto nuovo. Si tratta di una donazione, che lo sposo fa alla sposa in vista delle nozze future: che, dopo le costituzioni di Giustino e di Giustiniano (c. 19 e 20 C. 5, 3), può farsi anche dal marito alla moglie dopo il matrimonio, ma sempre in riguardo a questo. Si è pensato che fosse una costituzione di patrimonio di famiglia analogo e corrispondente alla dote, una specie di *dos mariti* (2) destinata a sostenere gli *onera matrimonii*, e garantire la donna in caso di divorzio imputabile al marito, a provvedere all'avvenire del figli. Come ben avverte il Mitteis, non può dubitarsi che tale natura abbia l'istituto nel diritto giustinianeo: ma in gran parte essa è determinata appunto dalle innovazioni di Giustiniano.

---

(1) § 7.

(2) Cfr. Schott., *Die donatio p. u.* (1867), p. 25, p. 49 sgg.

per cui la moglie può ottenere il sequestro della *donatio* in caso di insolvenza del marito, per cui essa non ne acquista che l'usufrutto, restando ai figli la proprietà (1). Altri hanno pensato che la *d.p.n.* avesse per iscopo di assicurare i mezzi alla vedova (2); l'opinione trova qualche ostacolo nelle disposizioni che all'uopo assegnano alla donna quote della *donatio* stessa (3). Altri ha voluto scorgervi una convenzione penale pel caso di divorzio (4); altri finalmente un lucro eventuale della donna da contrapporsi al lucro eventuale che della dote avrebbe potuto fare il marito (5).

743. Il Mitteis ha dimostrato come il costume di doni *ante nuptias*, quale derivazione dell'antica compera della sposa, fosse diffuso in quasi tutte le nazionalità orientali ed occidentali componenti l'impero (6). In Roma troviamo menzionate semplici donazioni fatte dallo sposo alla sposa (7) e *donationes adfinitatis contrahendae causa* (8). Queste ultime hanno per condizione che poi il matrimonio segua: altrimenti si ripetono; del resto il loro uso sembra fosse raro (probabilmente relativo solo alle accennate costumanze provinciali). Bastava del resto la consuetudine della *simplices donationes*, perchè

---

(1) *O. c.*, p. 258 sg.

(2) Burchardi nell'*Arch. f. d. c. Pr.* IX, p. 197 sg.

(3) c. 20, § 6, 7 C. 5, 3.

(4) Cfr. c. 2 C. Th. 3, 16; Francke, *Arch. f. d. c. Pr* XXVI, p. 63 sg.; Dernburg, *Pand.*, III, § 25.

(5) Warnkönig, *Arch. f. d. c. Pr.*, XIII, p. 8 sg.

(6) *o. c.*, p. 265-286.

(7) *Vat. fr.*, § 262; fr. 12 pr. D. 6, 2; fr. 31 (32) pr. D. 3, 5; fr. 25 pr. D. 66, 3, ecc.

(8) c. 1-5, 7 C. 5, 3.

poi l'istituto della *donatio p. n.* trovasse un precedente. al quale connettersi. Così si spiega, che mentre in Italia e in gran parte dell'occidente la donazione *ante nuptias* ebbe un'esigua importanza giuridica ed economica, nelle provincie orientali assumesse una maggiore entità patrimoniale ed assorgesse insieme alla funzione di assicurare un trattamento alla vedova e di costituire eventualmente una pena pel divorzio. Questo carattere prevale nel diritto nuovo.

744. Costantino si limita ad ordinare che la *donatio* tanto *simplex*, quanto *adfinitatis contrahendae causa* abbia a restare alla sposa, se è l'uomo che infrange gli sponsali e che, in caso di morte abbia a restare per metà ad essa o a suoi eredi, *osculo interveniente* (1). Poco dispone in seguito la legislazione occidentale. Teodosio II invece tratta la *d. a. n.* come un istituto importante inserviente alla duplice funzione accennata (2) : la *donatio* rimane alla vedova in caso di premorienza del marito o in caso di ripudio da parte di lui. Dopo la morte della moglie *filiafamilias*. la *d. a. n.* non ricade al padre *iure peculii*, ma si devolve per successione ai figli (3). Così si accentua il parallelismo colla dote: Leone dispone che la parte che divorzia senza motivo perda integralmente dote e *donatio* a favore dell'altra e che in caso di scioglimento per morte il marito ottenga la *donatio* e metà della dote. la moglie la dote e metà della *donatio* (4). Quando il padre della sposa è tenuto a dotarla, s'intende tenuto a costituire una

---

(1) c. 15 e 16 C. 5, 3.

(2) *Leges saec.*, P. § 38; ar., § 44.

(3) c. 3 C. 6, 61.

(4) c. 9 C. 5 14.

d. u. n. il padre dello sposo (1). Come la dote, anche la *donatio* può ormai costituirsi od aumentarsi durante il matrimonio (2). Giustiniano accentua in modo eccessivo il parallelismo, quando prescrive che la donazione abbia ad avere lo stesso valore della dote (3). Del resto è estesa agli immobili oggetto della donazione l'inalienabilità (4); per la *d. p. n.* compete alla donna un'ipoteca sui beni del marito (5): la donna può esigerne il pagamento in caso che il marito diventi insolvente (6): a tale donazione non si estende l'obbligo dell'*insinuatio* (7).

CAPO VI.

TUTELA.

745. Il diritto di tutela e di cura è un complemento del diritto di famiglia; mira nel diritto antico a impedire le disgregazioni patrimoniali, che potrebbero derivare dalla mancanza di un *paterfamilias* o dal non avere questo l'età o le facoltà richieste per l'utile amministrazione: mira nel concetto che sempre più si fa prevalente ad introdurre

(1) c. 7, § 2 C. 5, 11.
(2) *Vedi supra*. Vedi pure quanto s'è detto circa le collazioni.
(3) Nov. 97, c. 1.
(4) Nov. 51.
(5) c. 12 C. 8, 17 (18)
(6) c. 29 C. 5, 12.
(7) Nov. 119 c. 1.

una protezione ed una vigilanza a favore delle persone che sono di fatto in tutto o in parte incapaci. Appunto nel più antico diritto *tutela* e *curatio* sono considerate come diritti a beneficio degli investiti (*potestas*): nelle origini esse sono attribuite agli *adgnati* o ai *gentiles*, che tutelano i propri interess nel sorvegliare l'incapace o nel gerire per lui: la *tutela* è in allora oggetto di *rivendicazione* (e quindi di *cessio in iure*). Indi comincia a farsi strada il concetto della protezione dell'incapace e del vantaggio di lui: si vegga quello che dice Cicerone in *Verr.*, 2, 1, 62 seg. dove in ispecie a proposito de' pupilli si dice, doversi procurare « ut illorum solitudo et pueritia quam firmissimo praesidio munita sit » e si indica come *defendere* il contenuto della tutela. Ambedue i concetti si riuniscono nella definizione della tutela *(pupillorum)* (1) data dal contemporaneo Servio Sulpicio « *ius ac potestas* in capite libero *ad tuendum eum*, qui propter aetatem se defendere nequit ». Nel diritto classico poi e più ancora nel diritto nuovo le funzioni di tutore e di

---

(1) Di regola si ritiene che la definizione serviana comprendesse ogni specie di tutela e che nelle fonti giustinianee che la riportano (fr. 1 D. 26, 1 e § 1 I. 1, 13) sia stata ridotta a significare l'unica tutela conosciuta nel diritto nuovo (« ad tuendum eum *eamve*, qui propter aetatem *vel sexum*, ecc. »). La cosa è dubbia, poichè la *tutela mulierum* ha conservato il suo carattere originario (sovratutto lo conservava a' tempi di Servio) e non è tanto un rapporto di protezione, quanto un potere nell'interesse, di chi lo esercita. Che la giustificazione data *vulgo* ai tempi di Gaio (1. 190: « quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi ») fosse già in uso ai tempi di Servio appare impossibile.

curatore sono a tutto beneficio del tutelato e del curato: esse costituiscono un *onus*, un *munus*, un *officium* (fr. 1 § 4, D. 50, 4) e lungi dall'essere desiderate sono temute, onde i sistemi di *excusationes*, ecc.

746. La tutela e la cura non si applicano che alle persone *sui iuris*: quelle *alieni iuris* hanno il naturale protettore e sorvegliante nella persona del càpo della famiglia (1). Solo nel diritto nuovo è possibile che ad una persona *alieni iuris* sia nominato un curatore. La differenza fra tutela e cura consiste non solo nella sfera di applicazione, per cui la prima si applica agli impuberi (e nel diritto antico e classico alla donna) e la seconda alle altre categorie di incapaci o di meno capaci; ma anche nell'applicazione, poichè, come vedremo, è propria del solo tutore l'*interpositio auctoritatis* (2). Disputato è il fondamento della differenza. Pel diritto

(1) Non basta il dire che le persone *alieni iuris* anticamente non avevano un proprio patrimonio. Poichè la regola perdura anche dopo la formazione del peculio castrense, che in realtà è un patrimonio del *filiusfamilias* Se questi diventa ad es. pazzo, non gli è assegnato un curatore. Si potrebbe anche riflettere che il *filiusfamilias* può obbligarsi verso i terzi: ma la sua naturale incapacità (a differenza di quella delle persone *sui iuris*) non può essere integrata per l'intervento del capo di casa. La spiegazione poi sarebbe affatto inadeguata pel diritto nuovo. Storicamente poi la cosa è chiarissima: dov'è la massima *potestas* del capo di casa, non c'è nessun bisogno e nessuna possibilità di costituire altre *potestates*. È poi tutt'altro che improbabile che la *tutela* rappresenti un residuo di antica sovranità domestica.

(2) Altra delle ragioni per ritenere interpolato il fr. 8 D. 1, 7.

antichissimo si può dire che la tutela è destinata a supplire alla capacità a favore di persone che normalmente ne sono prive (impuberi, donne), mentre la cura ha questo ufficio rispetto a persone che lo sono accidentalmente (pazzi, prodighi). Ma dopo l'introduzione della *cura minorum* questo non è più vero (1). Non ci meraviglieremo quindi che la differenza fra « tutela » e « cura » fosse poco accessibile ai provinciali e che non fossero rare le confusioni. È nota l'iscrizione del tempo dei *divi fratres* edita da Foucart-Lebas, *Inscript. du Pélop.*, n. 243[a] dove Fenia Bomation, liberta di famiglia romana e vivente a legge romana, fa una elargizione col consenso del suo tutore Publio Ofellio Crispo. Quest'ultimo si chiama *curatore e tutore;* evidentemente per un errore si cumulano le espressioni (2).

747. La tutela, come abbiamo detto, nel diritto nuovo non si riferisce che agli impuberi. La tutela *mulierum* è già in corso di rapida decadenza nel diritto classico. La legge Papia esonerò dalla tutela le donne aventi il *ius liberorum ;* la *lex Claudia* abolì la tutela *adgnatorum:* l'*auctoritas* degli altri tutori perdette molta importanza per via della poco

---

(1) Rimane vero per l'antico diritto il concetto che la tutela serve a integrare la capacità di chi non è atto alle armi, mentre dove abbiamo in astratto l'attitudine al servizio militare solo ostacolata da ragioni speciali o non accompagnata dalla piena capacità civile, si fa luogo alla cura: Vangerow, *Pand.* 1, 488 sg.

(2) ὁ φροντιστὴς καὶ κύριος συνευδοκῶ τοῖς προγεγραμμένοις. Anche nelle *Leges saeculares*, § 7 e 34 il tutore testamentario è letteralmente indicato come « epitropos [tutore] o curator ». Da simile confusione derivavano errori, come quello avvertito nella c. 6 C. 2, 18.

nota *constitutio rutiliana* (*Vat. fr.*, § 1). Rimangono di qualche valore effettivo la tutela legittima de' patroni e la fiducia de' *parentes* emancipanti (Gai., 1, 192). Quando la *tutela mulierum* sia cessata, non possiamo dire con certezza. Ai tempi di Diocleziano era certo in vigore (*Vat. fr.*, § 325, 327): Costantino invece sembra conoscere solo una tutela *feminarum pupillarum* (c. 2 C. Th. 3, 17) (1). La quasi tutela de' peregrini (Gai., 1, 193) però si mantenne in qualche provincia anche dopo; più volte è stato messo in campo l'atto greco-egizio di manumissione dal 354 (Cursius, *Anecdota delphica*, p. 87) dove la manumittente agisce coll'assistenza del marito Aurelio Doroteo. La tutela del marito rispetto alla donna maritata in Egitto si mantenne anzi oltre l'epoca romana, perfino nel periodo copto (2).

---

(1) V. anche c. 2 C. 2, 44 (45) Ad ogni modo Teodosio e Onorio, concedendo a tutte le donne il *ius liberorum* (c. 1 C. 8, 58 (59), tolgono la base alla tutela *mulierum*.

(2) Revillout, *Cours de droit égypt.*, 211; cfr. Mitteis, *Reichsrecht*, p. 219 sg. (il quale per *lapsus calami* senza dubbio parla in questa materia di *Agnatentutel*). L'intervento del *tutor mulierum* è spesso attestato ne' documenti a noi pervenuti: p. es. la *laudatio Turiae*, l. 22, la mancipazione fiduciaria di Poppea Note (*Bullettino dell'Istituto di d. r.*, 2, p. 212), la donazione di Giulia Monime (*Corp. inscr. l.*, VI, 10231). Ne' papiri egiziani troviamo molti esempi istruttivi: in quel paese (ove per diritto indigeno le donne avevano piena capacità) l'istituto del κύριος fu introdotto dal diritto ellenico preparando così il campo all'accoglimento del *tutor mulierum* del diritto romano. L'influenza ellenica si scorge pur nel periodo romano in ciò, che per le donne maritate compare come tutore (κύριος) il marito stesso. Tolgo dalle *Mittheilungen aus der Sammlung der Pap. Erzh. Rainer*, v. IV,

748. Della *tutela mulierum* pertanto noi non ci occuperemo altrimenti. La *tutela pupillorum* si ha in tutti i casi, in cui si abbia un impubere *sui iuris* o per essere privo di *paterfamilias* (nato da unione illegittima o manomesso ancora impubere della servitù) o per la morte o la *capitis deminutio maxima*

---

p. 54 sg. esempi molto istruttivi, *Pap. Rain.*, n. XLVI (a. 235-228) Θάησις.. [μετὰ κυρίου] τοῦ ἑαυτῆς ἀνδρὸς Αὐρηλίου Ἡρακλιανοῦ. num. 146 (a. 226) Αὐρηλία Θάησις μετὰ κυρίου τοῦ ἑαυτῆς ἀνδρὸς Αὐρηλίου Ὥρου... Αὐρηλία [μετὰ κυρίου το]ῦ ὁμογ[νησίου ἀδελφοῦ] (ove è notevole il contrapposto fra la tutela della sorella maritata e quella della sorella nubile: nel primo documento Taesi ha trent'anni, nel secondo Aurelio Taesi ne ha trentadue). Invece nel num. 1485 (a. 221) Αὐρηλία Ἡραΐς Ἀντινοΐς per quanto appare vedova contrae μετὰ κυρίου τοῦ ἑαυτῆς υἱοῦ Αὐρηλίου Διοσκόρου Ἀντινοέως. Sotto questo aspetto i papiri posteriori alla costituzione antoniniana (come sono tutti quelli citati) non differiscono da quelli anteriori, cfr. num. 1573 (a. 138), 1532 (a. 191), ecc. Dove l'effetto della recezione del diritto romano si fa sentire, è nell'esonero dalla tutela in virtù del *ius liberorum*: cfr. num. 1428 (a. 226) ὁμολογεῖ Αὐρήλιος Ψεναμοῦνις ἐκ[κεχωρηκέναι] τῇ ἑαυτοῦ [γυναικὶ] χωρὶς κυρίου χρηματιζούσῃ κατὰ ῥ[ωμαίων] ἔθη τέκνων δικαίῳ: cioè che può contrattare senza tutore secondo il diritto romano *iure liberorum*: anche nel documento pubblicato *ibid.* a pag. 54. lin. 3 «χωρὶς κυρίου χρηματιζούσῃ τέκνων δικαίῳ κατὰ ῥωμαίων ἔθη». È notevole come in una costituzione di Costantino (ai tempi del quale la *tutela mulierum* era abolita) si trovasse un tentativo di sostituire l'intervento maritale (μετὰ κυρίου τοῦ ἀνδρὸς) all'omologazione giudiziaria per l'alienazione degli stabili della donna minorenne; vedine la menzione nella costituzione che l'abolisce di Giuliano in c. 3 C. Th. 3, 1. Non a torto il Mitteis, *Reichsrecht*, p. 549 pone anche questa fra le prove delle tendenze ellenizzanti della legislazione costantiniana.

o *media* del *paterfamilias* che lo aveva direttamente sotto la propria potestà. La tutela nello svolgimento completo dell'istituto si distingue secondo il modo di costituzione in legittima, testamentaria e dativa; come nelle successioni così nella tutela la disposizione testamentaria prevale alla designazione legittima (1). Il *paterfamilias* può nel testamento (o in un codicillo testamentario) nominare uno o più tutori ai propri discendenti (anche postumi) *in potestate*, che diverranno *sui iuris* alla sua morte: la nomina può essere fatta a termine o sotto condizione. La prevalenza della tutela testamentaria si dimostra anche coll'istituto della *tutoris confirmatio*: se il tutore non è stato dato regolarmente dal *paterfamilias* (p. e. in codicillo non confermato), ovvero è stato dato dalla madre o da un ascendente materno, da un patrono (2) o da un estraneo, che abbia istituito

---

(1) Una volta che la tutela si cominciava a considerare come un istituto di protezione ciò aveva anche una giustificazione intrinseca: si poteva confidare meglio nella scelta personale fatta dal *paterfamilias* anzichè nella designazione astratta e generica della legge. Il *paterfamilias* romano ben sapeva (come dice Cicerone nel citato luogo delle *Verrine*) che «consulere vivi ac prospicere debemus, ut illorum (liberorum parvorum) solitudo et pueritia quam firmissimo praesidio munita sit». Dal principio esposto nel testo deriva, che finchè è sperabile che abbia luogo la tutela testamentarin (p. es. pende la condizione, ovvero il tutore nominato è *apud hostes*), non si fa luogo alla legittima; ma si provvede con una tutela dativa che è destinata a cessare, quando il tutore nominato possa assumere l'ufficio.

(2) E quindi anche dal padre al figlio emancipato (e allora non occorre *inquisitio*). Circa al padre naturale e

erede il pupillo, che non abbia altro patrimonio, sebbene tale disposizione sia per sè nulla, il magistrato la conferma facendola sua (*sine inquisitione* nel primo caso, previa inquisizione negl altri) e il tutore così nominato (che formalmente è *dativo*, sostanzialmente testamentario) (1) ha la preferenza in confronto del legittimo (fr. 27 pr. D. 26, 2: c. 3 C. 5, 35). Come per regola ogni altro onerato in disposizioni testamentarie, anche il *tutor testamentarius* poteva rifiutare la tutela (« si abdicaverit se tutela, desinit esse tutor »: Ulp., 11, 17): ma nel diritto nuovo tale facoltà più non si è riconosciuta e solo può come gli altri valersi de' titoli di dispensa (v. avanti). Del resto il tutore deve essere libero (2) e maschio (3) e cittadino romano (4).

---

all'interpretazione del fr. 7 pr. D. 26, 3 v. Glück, *Ausf. Erläut.*, 29, 268 sgg.; Rudorff, *Vormundschaft*, 1, 317. V. c. 4 C. 5, 29.

(1) Onde se si scusa, perde il legato lasciatogli fr. 32-34 D. 27, 1. Viceversa i termini per le *excusationes* e l'obbligo di amministrare decorrono non dall'azione, ma dalla data del decreto del magistrato (fr. 13, § 12 D. 27, 1; fr. 40, 58, § 2 D. 26, 7).

(2) « Servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest », § 1 I. 1, 14. Anzi nel diritto nuovo se è il domino che nel proprio testamento designa quale tutore (e non per errore) il proprio servo, s'intende tacitamente conferita la necessaria libertà (§ 1 cit.).

(3) Nel diritto nuovo è concesso alle madri di amministrare la tutela de' figli, rinunciando alle ulteriori nozze; c. 2 C. 5, 35. Ma pel diritto classico l'esclusione è assoluta: cfr. Papiniano fr. 26 pr. D. 26, 2, Alessandro in c. 1 C. 5, 35 (cfr. Ulp., fr. 2 pr. D. 50,17). Donde è chiara l'interpolazione della v. *plerumque* in Gai., fr. 16 pr. D. 26, 1 e della frase « nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent » in Nerazio, fr. 18 *ib.*

(4) Però il latino (non giuniano) poteva essere nomi-

Nel diritto nuovo non sono suscettibili dell'ufficio i minorenni e i soldati (1), i vescovi e i monaci (2). Hanno invece una *excusatio necessaria* i debitori o creditori del pupillo (3), i muti, i sordi e i pazzi, che sono indirettamente esclusi nel senso che per disposto di varii senatoconsulti il magistrato è tenuto a farli dimettere o a considerarli come dimessi e a nominare altri in loro vece (4). Inoltre si devono ritenere *excusati* necessariamente quelli, con cui il padre del pupillo aveva inimicizia capitale non seguìta da riconciliazione (§ 9 - 21 I. 1, 25), quelli che furono esclusi personalmente dal padre o dalla madre del pupillo in atto di ultima volontà (fr. 21, § 2 D. 26, 5). quelli che hanno pagato per ottenere la tutela o altrimenti hanno ambito per averla (p. 21, § 6 *ib.*).

749. Il tutore deve essere una persona certa: il requisito permane anche nel diritto nuovo, in cui è lecito onorare nel testamento *personae incertae*: « certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere » (5).

---

nato tutore: esso ha la *testamentifactio* passiva ed il *ius commercii*: arg. Ulp., 11, 16.

(1) § 14 Inst. 1, 25; c. 4 C. 5, 34.

(2) Nov. 123, c. 5.

(3) Nov. 72, c. 1—4. Questa *excusatio* necessaria si formò gradualmente: cfr. fr. 27, § 1 D. 26, 2; fr. 6 § 18 D. 27, 1 e fr. 20, 21 pr. *ibid.*

(4) Fr. 17 D. 26, 1.

(5) § 27 I. 2, 20. Quando esisteva la tutela *mulierum*, il marito che aveva *in manu* la moglie poteva nel testamento, anzichè designare un tutore certo, lasciare l'*optio tutoris* (*plena* o *angusta*): cfr. Gai., 1, 150-154. La *lex salpensana* c. 23 conosce anche un'*optio tutoris* a favore

750. Ove manchi il tutore testamentario o per non esservi la disposizione correlativa o per non avere essa effetto, si fa luogo alla tutela legittima. Per le XII Tavole era chiamato alla tutela il prossimo agnato maschio (1), qualunque fosse la sua età o condizione fisica o intellettuale; più tardi qui pure furono applicate le cause di esclusione e di dispensa. Nel diritto nuovo la tutela *ope legis* (in mancanza di agnati) è deferita anche alla madre e all'avo del pupillo, qualora la vogliano accettare (rinunziino inoltre alle ulteriori nozze e — per disposizione di Giustiniano — al beneficio del senatoconsulto velleano) (2). Anastasio volle che nella tutela legittima il *frater emancipatus* fosse preferito a tutti gli agnati di grado più remoto nella tutela legittima e avesse anzi agli effetti di questa da considerarsi come non avvenuta l'emancipazione (3). Ma il più radicale cambiamento si deve a Giustiniano, il quale, dopo avere riformato le basi della successione legittima, riformò coerente-

---

di maschi in tutela e dispone che questa si conservi anche dopo ch'essi divengano cittadini romani. Il punto è per me oscurissimo.

(1) Ein assenza di agnati deve ritenersi che (come nelle successioni) fosse chiamata la *gens:* cfr. *laudatio Turiae* l. 22. Ad ogni modo Gaio tace della tutela gentilizia. Si avverta poi che il fratello continua a essere tutore legittimo del fratello diventato latino per iscrizione in colonia (*fr. sinait.*, 16), quando a rigore il vincolo agnatizio era spezzato. Del resto qualunque *capitis deminutio* suole estinguere la tutela legittima,

(2) c. 3 C. 5, 35. Pe' varii problemi, a cui dà luogo la chiamata della madre e dell'ava, v. Rudorff. *Vormundschaft*, 1, 245 sg.

(3) c. 4 C. 5, 30.

mente quelle della tutela o stabilì non essere più da ammettere in questa materia differenza tra il diritto degli agnati e quello de' cognati, anzi doversi chiamar tutti similmente alla tutela, purchè maschi, maggiorenni e non aventi titoli di dispensa (1). Alle donne rimane interdetto (meno che all'ava e alla madre, che, volendo, precedono gli altri parenti) l'esercizio della tutela.

751. Se non dal testo delle XII Tavole, dallo spirito di esso (*per consequentiam*) fu stabilita la tutela legittima del patrono sul liberto, argomentandosi dall'ordine della successione intestata (2): morto il patrono, la tutela spetta ai suoi *liberi legitimi*. Anche chi dà la libertà a chi è in *causa mancipii exemplo patronorum* ne diventa tutore. Il principio già fecondo di molte applicazioni ne conserva una anche nel diritto nuovo, per cui l'ascendente emancipante, che si riserva l'ultima *manumissio* diventa tutore legittimo dell'emancipato (3). Morto il *parens manumissor*, la tutela passa al prossimo discendente agnato (4). L'abolizione delle antiche forme della emancipazione per opera di Giustiniano non ha tolto di mezzo la tutela legittima del *parens manumissor* e quella fiduciaria de' suoi discendenti agnati (e anzi entrambe sono

(1) Nov. 118, c. 5.

(2) Gai., 1, 165; *Inst.* I, 17; Ulp. 11, 3.

(3) Gai., 1, 166 166 *a*. Il caso del § 167 si spiega come una conciliazione d'interessi diversi.

(4) In questi casi la tutela si dice fiduciaria avuto riguardo alle clausole di fiducia, che accompagnano le occorrenti mancipazioni. Però se la tutela è esercitata dallo stesso *parens manumissor* si dice *legitima*: cfr. Inst. 1, 18, 19.

esposte come vigenti nelle *Istituzioni* 1, 18 e 19): come abbiamo visto, l'imperatore ha mantenuto gli effetti delle antiche formalità annettendoli al nuovo rito. Piuttosto si domanda, se la Nov. 118, 5 non abbia colla riforma della tutela legittima abolite tacitamente anche queste forme (1). A me pare preferibile l'opinione negativa, poichè la novella non parla che della *legitima adgnatorum tutela* e non accenna a questa; mentre, ammessa l'intenzione di abolire, un cenno parrebbe pur necessario dal momento che esse riposano su un fondamento particolare. Inoltre la conseguenza che si avrebbe e cioè che il *parens manumissor* concorrerebbe nel diritto e nell'onere della tutela colla madre e coi figli maschi non è per sè verosimile e non è conforme alle disposizioni circa la tutela materna in conformità alla stessa Nov. 118, 5.

752. Da ultimo la *tutela dativa*, in cui il tutore è nominato per decreto dell'autorità. Tale tutela fu introdotta in Roma della legge Atilia (2): alle provincie fu estesa dalle due (3) leggi Giulia e Tizia. Analoga istituzione troviamo nelle colonie latine ai tempi dell'impero (4). Per la legge Atilia il tutore

---

(1) È l'opinione del Rudorff (*op. cit.*, 1, 243 sgg.) e di altri, che forse hanno troppo di mira la citata costituzione anastasiana; v. Thibaut, *Abhandl.*, 285 sgg.; Vangerow, *Pand.*, 1, 498 sg.

(2) Non è inverosimile che già prima *moribus* s'introducesse il *tutor praetorius*, quando si dovesse *lege agere* fra il tutore preesistente e il pupillo o la donna: cfr. Gai., 1, 184.

(3) *Indice greco delle Istituzioni*, 1, 20 pr. (ed. Ferrini, I, p. 77); *fr. sinait.*, 20.

(4) *Lex Salpens.*, c. 29.

era nominato « a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis » (Gai., 1, 185; fr. 3 pr. (interp.) D. 3. 1); per le altre due leggi dai presidi delle provincie. Però in Roma tale nomina fu ai tempi di Claudio attribuita ai consoli e dopo i *divi fratres* al *praetor tutelaris:* solo in casi di speciale importanza interveniva il *praefectus urbi*: nelle provincie oltre i presidi nominavano tutori *iussu praesidum* i magistrati municipali pei patrimonii di non grande entità (1). Il pretore urbano non conservò più che il diritto di nomina in pochi casi (*tutor praetorius, tutor ex lege Iulia*, ecc.) (2). Il diritto giustinianeo prescinde dalla necessità del *iussus praesidum* e dà alle autorità locali la facoltà di procedere alla nomina dei tutori (*defensor civitatis, strategus, iuridicus Alexandriae*) in concorrenza col vescovo che deve anzi conservare gli atti nel suo archivio, ove il patrimonio pupillare non ecceda il valore, di cinquecento solidi. Negli altri casi è competente il *praeses provinciae.* Nella capitale e circuito rimane la competenza del pretore (solo pe' casi più importanti interviene il *praefectus urbi*) (3).

753. La domanda del tutore dativo deve essere atta dal pupillo (4) o a nome suo dalla madre,

---

(1) Questo è lo stato del diritto a' tempi di Marciano, fa cui sostanzialmente spettano i §§ 3, 4 I. 1, 20 (v. le mie *Fonti delle Istituzioni*, in *h. l.*). La competenza de' *magistratus* si aveva in provincia già prima della recezione in forza di diritti e statuti locali; v. *lex Salp.*, 29.

(2) Ulp., 11, 20. 24.

(3) c. 30 Cod. 1, 4; § 5 I. 1, 20.

(4) ἄλλος *Titiu* νόμου τέλος ἦν τὸν ὀρφανὸν δι' ἑαυτοῦ αἰτεῖν ἐπίτροπον (*fr. sinait.*, 20). Sembra quindi che la legge parlasse di *petitio pupilli*, salvo la facoltà a parenti

dagli eredi presuntivi (sotto pena di perdita dei diritti successorii), dai liberti paterni (sotto minaccia di *coercitio*). I casi, in cui nel diritto nuovo si procede alla *datio tutoris*, sono parecchi. Il più normale (quello, cui si riferivano le leggi accennate) è quello in cui manchi il tutore testamentario ed il legittimo e non sia insomma possibile provvedere per queste due forme di tutela. Quindi se ad esempio la nomina di un tutore testamentario è nulla (il testatore ha per esempio indicato una donna) e non c'è tutore legittimo, si fa luogo alla tutela dativa (1). Lo stesso dicasi se il tutore validamente nominato nel testamento o il legittimo, abbia o no assunto l'esercizio, venga a morire o a subire una *maxima* o *media capitis deminutio* (per la tutela legittima *ex XII Tabularum* bastava anche la minima: fr. 7 pr. D. 4, 5) e *non siavi altro tutore legittimo* (2).

---

o ai liberti di fare la domanda per lui. La *lex Salp.*, c. 29 usa la dizione *postulaverit* per chi non è pupillo e dice invece: « si is eave *cuius nomine ita postulatum erit* pupillus pupillave erit ». L'obbligazione di *postulare tutorem* per le persone nominate nel testo e le relative sanzioni sono il risultato di disposizioni posteriori. Per la madre è fondamentale la costituzione di Settimio Severo (fr. 2, § 2 D. 26, 6) largamente commentata da Ulpiano (fr. 2, § 23-47 D. 38, 17): per gli altri successibili bisogna scendere fino ad una costituzione di Teod. e Valentin.: c. 10 C. 6, 58.

(1) Nel caso però che la nomina di un tutore testamentario non sia addirittura nulla, ma il tutore non venga ammesso (perchè ad es. pazzo: *excusatio necessaria* v. sopra) o si faccia dispensare o non possa ancora assumere la tutela, perchè pende il termine o la condizione, si fa luogo alla *datio tutoris*, non alla tutela legittima.

(2) Anche qui si ricorre alla tutela dativa, senza prima

Ne' rari casi, in cui debba provvedersi di un tutore e chi già ne è munito (cfr. le antiche forme del *tutor praetorius* e del *tutor ex lege Iulia*), si ricorre parimenti alla tutela dativa, per esempio in caso di assenza o relegazione del tutore. Qui si potrebbero riferire anche i casi suaccennati di tutore dato in luogo del *remotus* (*ob crimen suspecti*) e dell'*excusatus*, poichè in realtà la prima tutela perdura in teoria, finchè non sia nominato il nuovo tutore: cfr. Gai. 1, 182 (1).

754. Chi è nominato tutore può ottenere dispensa dall'ufficio assunto o da assumere, se è in grado di far valere uno de' titoli all'uopo tassativamente determinati. L'istituto delle *excusationes* si è formato nella prassi del *praetor tutelaris* disciplinata da costituzioni imperiali: esso in origine non si riferiva che alla tutela dativa e solo in seguito venne esteso anche alle altre tutele (2). Le ragioni di

---

tener conto della legittima, se il tutore non cessa *ipso iure* di esserlo, ma viene dispensato o rimosso e parimenti se viene a mancare solo qualcuno fra più contutori nominati nel testamento: fr. 11, § 4 D. 26, 2; c. 4 C. 5, 36. Si avverta che anche nelle successioni, se l'onorato non è privo di *testamentifactio* passiva, ma solo non *può capere*, non si fa luogo nè ad accrescimento o sostituzione nè a successione legittima, ma subentra il fisco ne' beni caduchi. Il posto si ha come coperto, sebbene non si vogliano ammettere le conseguenze.

(1) Rudorff, *o. c.*, 1, 397 sgg.

(2) La maggior parte de' numerosissimi testi relativi all'argomento presuppone la *datio tutoris*. Il Cuiacio anzi (*Recitationes in Dig.* ad l. 13 pr. D. 27, 1) non crede che le *excusationes* possano farsi valere da' tutori legittimi. Ma già pel diritto classico pare (ove non si ammettano gravi interpolazioni) che ciò fosse possibile; pel diritto

dispensa da una nuova tutela sono piuttosto numerose e non è conveniente di enumerarle tutte e tanto meno di insistere sulle numerose controversie che vi si rannodano. Parmi che esse si possano distinguere in quattro gruppi:

---

nuovo poi abbiamo l'esplicita testimonianza dell'indice greco delle Istituzioni: 1, 25, § 16 (vol. I, p. 91, I. 18 sq. ed. Ferr.). Invece non si estese mai oltre la tutela dativa l'istituto della *potioris nominatio* (di cui non è più cenno nel diritto giustinianeo: *Vat. fr.* 157-167, 206-219, ecc.), per cui il tutore che veniva *datus* dal magistrato poteva in un certo tempo evitare l'onere designando specificatamente un altro, che a maggior ragione dovesse essere chiamato a subirlo. Simile procedimento poteva tornare dannosissimo al pupillo, giacchè il *potior* nominato poteva a sua volta designare un altro e così via. È questa la ragione, per cui fu prima ristretto dagli imperatori e quindi abbandonato. In origine pare che si potesse indicare sempre un altro *potior necessitudine* (parola per sè vaga), purchè idoneo. Ma già l'imperatore Settimio Severo tolse il diritto di designare un tutore poziore ai colleghi del padre del pupillo nella curia o in qualche corporazione, ai cognati e agli affini fino al sesto grado *inclusivo* (oltre il figlio del *sobrinus* o della sobrina). Inoltre vietò di addurre come ragione di poziorità il *ius vicinitatis* (*Vat. fr.*, 157, 158, 212-216). Lo stesso poi e Caracalla vietarono di nominare *potiorem* a quello che fosse bensì nominato tutore dal magistrato, ma per conferma della volontà paterna non adeguatamente manifestata (*Vat. fr.*, 159, 211). In quanto poi al rapporto fra la *potioris nominatio* e l'*excusatio* si noti che chi nominava *potiorem* si riteneva (ed era ben logico) che non avesse titoli di scusa o vi avesse rinunziato e quindi non era più ammesso a farli valere; mentre chi non riusciva a far valere un titolo di dispensa, se non era passato il termine, poteva ancora farsi avanti colla designazione di persona *potior*: *Vat. fr.*, 206, 207.

a) l'*esenzione è un privilegio concesso in premio a certe persone:* i veterani, che abbiano esaurito *tutto il tempo di servizio* (1): gli atleti coronati (fr. 6, § 13 D. 27, 1), ecc.

b) l'*esenzione è concessa ad alcune persone perchè non siano distratte da ufficii di pubblica utilità:* ecclesiastici (2), magistrati (3), membri del *consilium principis* (4), gli amministratori dei beni del fisco o del principe (5), quelli che sono assenti *reipublicae causa* per tutto il periodo dell'assenza e un anno ancora (6), i maestri di grammatica, retorica, filosofia e diritto ed i medici, purchè esercitino l'arte loro nella loro patria o in Roma (o Costantinopoli) e purchè siano stati inclusi nel numero determinato per le singole località (7). Lo stesso criterio determina l'esenzione pe' membri di determinate corporazioni di artefici (8).

c) l'*esenzione è determinata da ciò che a certe persone la tutela riuscirebbe troppo gravosa.* Qui si ha l'esenzione per ragione del *numerus liberorum* (9),

---

(1) Fr. 8 D. 27, 1. I soldati dimessi onoratamente prima hanno bensì diritto di *excusatio* per qualche tempo, ma non in perpetuo.

(2) Vescovi e monaci *non possono*, come si è visto, assumere tutele.

(3) Fr. 6, § 14; fr. 17, § 4, 5 D. 27, 1.

(4) Fr. 30 pr. D. 27, 1.

(5) Fr. 22, § 1. fr. 41 pr. D. 27, 1 (*o. c.*, 8 C. 5, 62).

(6) S'intende dal giorno in cui il ritorno dovrebbe normalmente aver luogo (fr. 10 pr., § 2; fr. 45 pr. § 1 D. 27, 1; fr. 10, § 3 cit.; § 2 I. 1, 25).

(7) § 15 I. 1, 25 e fr. 6, § 1-12 D. 27, 1.

(8) Fr. 17, § 2, 3 (ad es. *collegium fabrorum*) D. 27, 1.

(9) Tre in Roma (e Costantinopoli), quattro in Italia (e Tracia, secondo gli scolii greci all'indice delle Ist. da

del *numerus tutelarum* (quando cioè taluno amministri già tre tutele o curatele) (1), della distanza del luogo dove la tutela deve essere gerita (fr. 10, § 4, 21, § 2, 4, 46, § 2 D. 27, 1).

d) l'*esenzione è determinata dalle condizioni personali di chi sarebbe chiamato alla tutela:* età avanzata (oltre 70 anni: § 13 I. 1, 25; fr. 15, § 11 D. 27, 1); malattia cronica grave (che impedisce di attendere anche ai propri affari: § 7 I. cit. fr. 10, § 8 D. *h. t.* cit.); povertà (per cui taluno debba lavorare tutto il giorno per guadagnarsi il vitto: § 6 I. cit.; fr. 40, § 1 D. *h. t.*); ignoranza del leggere e scrivere congiunta a inesperienza d'affari (*rusticitas:* così si conciliano il fr. 6, § 19 D. 27, 1 e il § 8 I. 1, 25).

755. Può darsi che una persona non abbia un titolo pieno da far valere, ma per più titoli si accosti alle condizioni richieste per l'esenzione: ad esempio abbia 65 anni, sia cagionevole di salute (se anche non inferma), abbia due figli, ecc. In via eccezionale gli imperatori tenevano calcolo di questa circostanza, concedendo dispense *ad personam* (*Vat. fr.* 245); ma in via generale non si può in tal modo supplire alla deficienza de' titoli tassativamente richiesti (fr. 15, § 11 D. 27, 1), Non si possono far valere i titoli di dispensa da chi abbia promesso al padre del pupillo di assumere la tutela (§ 9 I. 1, 25), da chi abbia scritto la disposizione testamentaria in cui vien nominato tutore (fr. 18,

---

me pubblicati — Milano 1887 — ad 1, 25 pr.), cinque nelle provincie.

(1) V. per le molte questioni che qui si rannodano § 5 I. 1, 25; fr. 17 pr. 31 D. 27, 1 *vat. fr.* 183.

§ 1 D. 48, 10), dal tutore testamentario che abbia accettato il legato lasciatogli dal testatore: fr. 5, § 2 D. 34, 9.

Alcuni de' motivi previsti possono far dispensare da una tutela già assunta, *purchè non preesistenti* (c. 2 C. 5, 63; *Vat. fr.* 154) e sono la nomina a membro del *consilium principis*, l'assenza (oltremarina) *reipublicae cause*, il mutamento di domicilio con un consenso del principe, la malattia sopraveniente (v. fr. 11 § 2 D. 4, 4; fr. 12, § 1, 10 § 8, 45, § 4 D. 27, 1). Notevole è il fr. 11 § 1 D., 4, 4.

Sui termini per produrre i titoli di dispensa vedi il § 16 I. 1, 25 e il fr. 13, § 1 seg. D. 27, 1.

756. Il tutore è dato alla persona ed ai beni del pupillo. Però per quanto concerne la *persona*, le sue attribuzioni furono per tempo molto ristrette. È ufficio del pretore (1) di determinare la persona presso cui il pupillo deve essere mantenuto ed educato (2); in qualche caso egli costringe la persona stessa ad assumersi tale incarico. Il tutore ha un ufficio generale di sorveglianza ed il dovere di somministrare del patrimonio amministrato le som-

---

(1) *Urbano*, giacchè se ne parla ne' commentarii *ad edictum* (fr. 1 e 2 D. 27, 2): il *praetor tutelaris* pare non intervenisse, che per fissare le somme opportune pel mantenimento e l'educazione (fr. 3 *ib.* Ulp., 1, *de omn. tribun.*). Nelle provincie tale ufficio spettava al *praeses* (fr. 5 *ib.*). Naturalmente pei pupilli meno agiati si sarà provveduto ne' modi stessi, che per la costituzione del tutore.

(2) Di regola, se c'è ed è tuttora vedova, viene la madre all'uopo designata. Già Cicerone nel citato luogo delle *Verrine*, pensando alla protezione del pupillo, nomina anzitutto la madre ed indi il tutore.

me reputate convenienti. Il principale suo compito consiste invece appunto nell'amministrazione dei beni (1). I principali argomenti che vi si riferiscono sono:

a) i modi con cui il tutore procede in questo compito,

b) i limiti dei poteri,

c) la sua responsabilità.

757. I modi, con cui il tutore può provvedere all'amministrazione de' beni pupillari, sono due: la *gestio* e l'*interpositio auctoritatis*: « Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt » (Ulp., 11, 25). Si ha la *gestio*, quando il tutore gerisce e tratta personalmente gli affari, senza compartecipazione del pupillo. È questo l'unico modo possibile finchè il pupillo è infante o assente o altrimenti impedito. D'altra parte la *gestio* non serve pe' negozii, che esigono proprio l'intervento personale del soggetto cui si riferiscono, come certi atti solenni, l'adizione di eredità, l'*optio*. Inoltre essa di regola non produce effetti immediati nella persona del pupillo; creditore, debitore, proprietario, ecc. diventa anzitutto il tutore che gerisce e solo rimane personalmente obbligato a trasferire il credito o la proprietà acquisita, mentre ha il diritto di pretendere di essere sollevato dalle obbli-

---

(1) « tutor... personae, non causae vel rei datur »: § 4 I. 1, 14. Il senso è che il tutore è dato per supplire o integrare la capacità personale del tutelato e quindi di regola non è dato per un sol negozio. Il tutelato coll'intervento del tutore diventa (se supera l'infanzia) pienamente capace ed è quindi veramente sulla sua *persona* che la tutela influisce: cfr. Savigny, *Beruf unserer Zeit*, p. 104.

gazioni utilmente assunte. Si noti però che il tutore può, gerendo, far acquistare direttamente crediti e proprietà al pupillo, facendo intervenire uno schiavo di lui, che stipuli, che si faccia tradere, ecc. L'inconveniente si attenuò grandemente, quando il tutore fu parificato al procuratore *omnium bonorum* e si ammise che per mezzo di lui si acquistasse il possesso al principale e *per possessionem dominium*. Nel diritto nuovo (come sappiamo) il principio diventa generale. E finalmente nel diritto giustinianeo il largo uso dell'*actio utilis*, per cui si viene elaborando l'istituto della rappresentanza, fa sì che il tutelato possa poi esperire come a sè stesso acquisiti i crediti che il tutore gerendo per lui ha procurato. Anche l'altra lacuna lasciata dalla *gestio* si viene colmando; poichè, mentre il pretore già concedeva la *bonorum possessio* in base all'*aditio* fatta dal tutore, nel diritto nuovo è addirittura stabilito che questa rende il pupillo erede civile (1). Così è avviata sostanzialmente la trasformazione del diritto moderno, per cui la *gestio* è diventata l'unica forma di cui si avvale per il compito suo il tutore. L'*interpositio auctoritatis* si ha quando il tutore lascia agire lo stesso pupillo (*infantia maior*), limitandosi a intervenire e integrare la capacità. L'*auctoritas* deve interporsi *durante* l'atto, non prima e non poi (§ 2 I. 1, 21: fr. 7 § 1 D. 18, 5); deve interporsi realmente dal tutore presente (§ 2 cit.; fr. 3 D. 26, 8); non può essere data sotto condizione, neppure se l'atto cui accede è condizionato (fr. 8 D. *ib.*).

758. Il pupillo *infantia maior* agisce valida-

---

(1) c. 18 Cod. 6, 30.

mente (1) anche senza interposizione di *auctoritas* tutte le volte, che si tratta di migliorare la sua condizione e così è liberato dall'obbligazione, se si fa accettilare o si fa pattuire *de non petendo;* acquista un credito se riceve l'altrui promessa; acquista la proprietà se interviene come accipiente nella tradizione e così via. Invece il pupillo *sine auctoritate* non compie validamente gli atti, che aggravano la sua condizione, come sarebbero le alienazioni o l'assunzione di obbligazioni. Raramente però nella vita l'atto si presenta così unilaterale; di solito esso è complesso e mentre arreca de' vantaggi impone oneri o perdite. In tali casi se gli elementi si possono isolare, vengono appunto isolati e ciascuno di essi è trattato in conformità all'indole sua. Così se un debitore paga al pupillo *sine auctoritate*, il pupillo acquista la proprietà della somma a lui tradita, ma non si estingue il credito suo. Se gli elementi non si possono isolare tutto l'atto è invalido. È invalida così l'adizione di eredità compiuta dal pupillo *sine tutoris auctoritate;* poichè qui non si può disgiungere l'acquisto de' beni e de' crediti dalla successione negli obblighi e dall'assunzione degli oneri ereditarii.

759. Questi principii ebbero tuttavia a subire alcune modificazioni. Antonino Pio con un suo notissimo rescritto stabilì che il pupillo ne' casi, in cui avesse agito *sine tutoris auctoritate,* restasse tenuto a riconoscere l'atto fino ai limiti dell'arricchimento suo al momento della contestazione di

---

(1) Qui si prescinde affatto dalle *obligationes ex delicto* e da quelle *ex re venientes*, di cui abbiamo detto a suo tempo.

lite. Sicchè il pupillo che abbia assunto un mutuo *sine auctoritate* sarà tenuto al rimborso fino a concorrenza del vantaggio che risente *litis contestatae tempore* dalla pecunia numeratagli; il pupillo che abbia assunta la gestione di un incarico, ne renderà conto in tali limiti; il pupillo che ha avuta una cosa in commodato o deposito sarà obbligato a renderla se e in quanto si trova ancora nelle sue mani: il pupillo che avrà ricevuto un pagamento sarà respinto coll'eccezione di dolo, se e in quanto la somma ricevuta rimanga o sia convertita in profitto suo (1). Allo stesso tempo (2) (e pare per opera precipua di Salvo Giuliano) si ammise che il pupillo fosse tenuto *naturaliter* per le obbligazioni assunte, colle conseguenze che il pagamento di esse non si considerasse come *donatio* e desse in ogni caso luogo alla *soluti retentio* (3), che potessero accedere fideiussori (4), che tali obbligazioni costituissero base di valida novazione (5) (6).

---

(1) Fr. 5 pr. D. 26, 8; fr. 3, § 4, 6 pr., 34, 37 pr. D. 3, 5; fr. 3 pr. D. 13, 6; fr. 10 D. 14, 3: fr. 66 D. 46, 3 e così molti altri passi.

(2) Fra numerosi testi qui riferibili nessuno è anteriore; Nerazio (fr. 41 D. 12, 6) sembra negare ancora qualunque obbligazione naturale del pupillo.

(3) Purchè fatto *tutore auctore* o fatto dall'ex pupillo divenuto capace: questo è detto in molti luoghi e del resto si comprende da sè; meglio che altrove poi ciò è spiegato nelle paragrafi di Stefano ad fr. 13, § 1 D. 12, 6. Se questo riflessioni elementari non si fossero dimenticate, egregi romanisti moderni come il Brandis (*Rivista di Linde*, 7, 149 sg.). non avrebbero espresso varii erronei apprezzamenti su questo punto. V. poi fr. 19, § 4 D. 39, 5.

(4) Fr. 127 D. 45, 1; cfr. fr. 35 D. 4, 8.

760. Gli stessi principii si applicano, qualora il pupillo *sine auctoritate* conchiuda un contratto bilaterale: egli non si obbliga *civiliter* (*nisi quatenus locupletior sit factus*) mentre acquista il credito correlativo: « pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur » (fr. 5 § 1 D. 26, 8); « ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat ». Però se il pupillo vuol far valere il credito acquisito si vedrà opposto in compensazione il credito naturale dell'altra parte: *agente eo retentiones competunt*: cfr. 7 § 1 D. 18, 5 e per l'evidente analogia fr. 3 § 4 D. 3, 5, dove si dice che un pupillo gestore di negozii (e quindi — come s'è visto — autore di un

---

(5) Fr. 1, § 1 D. 46, 2.

(6) Oltre il testo citato di Nerazio, anche il fr. 59 Digesto 44, 7 sembra negare una obbligazione naturale (Licinio Rufino: « pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur »): è da vedere però se *ius naturale* qui non sia detto nel senso di *ius gentium*. Fra le molte conciliazioni (tutte cattive) prevale oggi quella che interpreta i due testi che negano o sembran negare l'O. N. nel senso che, ove il pupillo paghi, tale pagamento è inutile (perchè alienazione fatta *sine tutoris auctoritate*) e non ha luogo la *soluti retentio* (p. es. Vangerow, 1, 517). La spiegazione non è molto persuasiva. Ingegnosa è la distinzione che propone lo Stefano fra l'*accipere pecuniam creditam* (con effetto conseguente di obbligazione naturale) e il *promittere* (« ἐπερωτηθεὶς δὲ sine tutoris auctoritate οὐδὲ φύσει κατέχεται »: ad fr. 42 pr. D. 12, 2). Ma tale distinzione si basa sopra un esame incompleto de testi; cfr. da una parte il fr. 59 D. 44, 7, che par negare l'O. N. in caso di mutuo e il fr. 127 Digesto 45, 1, il fr. 1, § 1 D. 46, 2 che parlano di O. N, scendente da *promissio* del pupillo.

negozio giuridico) può essere coll'*actio contraria* convenuto *in id, quod factus est locupletior*, mentre se agisce colla diretta, *compensationem eius quod gessit patitur*. Si rammenti che questo è uno dei casi più antichi ed autentici di *compensatio* (Gai, 4, 61) ed è ovvio che vi si abbia avuto ricorso, non appena fu ammessa la *naturalis obligatio* del pupillo. Circa la comune opinione, per cui *a priori* sarebbe obbligato solo l'altro contraente verso il pupillo, ma questi non potrebbe volere l'esecuzione di tale obbligazione senza dar vita (civile) all'obbligazione propria, diremo (1) solo che essa non si può far rientrare ne' limiti ben segnati dalla teoria romana delle obbligazioni e che non trova alcun appiglio nelle fonti.

761. I poteri del tutore furono ristretti sempre più in corrispondenza al mutamento, che nel concetto e nella funzione della tutela si verificava. Oltre la responsabilità, in cui il tutore incorre e di cui vedremo (che non costituisce direttamente il limite, ma che indirettamente frena di molto il suo arbitrio), va riferita qui la procedura, per cui il tutore, che abusa dell'ufficio o minaccia di abusarne, può essere privato dall'esercizio (*crimen suspecti tutoris*). Il rimedio è già indicato nelle dodici tavole; il pretore (2) o il preside statuiscono su do-

---

(1) In modo che se l'altra parte ha prestato spontaneamente o se in giudizio non ha opposto la compensazione potrebbe agire contro il pupillo e così pure se il suo credito resultasse superiore a quello del pupillo. Cfr. Savigny, *Sistema* (ted.), 3, 40 sg.; Puchta, *Pand.*, § 232, ecc.

(2) *Urbano*, anche dopo l'istituzione della magistratura tutelare.

manda di qualunque cittadino, anche di donne purchè congiunte al pupillo, anche d'ufficio (su denuncia ad esempio di uno schiavo). Anzitutto è rimosso il tutore disonesto; ma anche quello che si rende colpevole di grave negligenza o dimostra assoluta incapacità o per altri motivi dà seriamente a temere di abusare dell'ufficio può essere deposto, sebbene ancora non abbia assunte le funzioni (1) (2). Inoltre vi hanno limiti nell'amministrazione che derivano in parte dall'antico diritto civile, in parte dalla legislazione imperiale. Dal primo deriva il divieto al tutore di farsi *auctor in rem suam* (sopratutto in caso di processo fra lui e il pupillo: si ricordi il *tutor praetorius* poi sostituito da un curatore); inoltre quello di fare donazioni o liberalità (che non siano strettamente d'uso e moralmente necessarie): queste devono riserbarsi *in arbitrium pupilli* (quando cioè possa con riflessione operare da sè) (3).

---

(1) Altrove io ho considerato il *crimen suspecti* come istituto di polizia e nella sostanza lo è veramente: *Diritto penale romano* (Höpli, 1898), p. 49 sg.

(2) Dove poi siavi *delitto del tutore*, l'atto è privo di effetti giuridici: p. es. il tutore costituisce proprietario il terzo della cosa del pupillo, ch'egli vende, amministrandone i beni; ma ciò non avviene se egli sottrae una cosa del pupillo e la vende per conto suo: in tal caso egli opera come *ladro*, non come *tutore:* fr. 7, § 3 D. 41, 4. L'atto invece è per sè valido, se formalmente rientra nei limiti nell'amministrazione, nonostante la mala fede, ecc. del tutore: sarà tutt'al più questione di *restitutio*. Nel fr. 12, § 1 D. 26, 7 *bona fide* e *legitime* sono interpolati in vista delle nuove costituzioni, come è fabbrica dei compilatori la chiusa insipida del paragrafo.

(3) Fr. 12, § 3 D. 26, 7: fr. 24 D. 40, 2. La *restitutio*

762. Un senatoconsulto del 195 d. C. su proposta di Settimio Severo sancì che non si potessero alienare i « praedia rustica vel suburbana » de' pupilli, salvo che « ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint » e salvo il caso di alienazione necessaria (« si communis res erit et socius ad divisionem provocet aut si creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit ius exequetur »). Negli altri casi occorre un decreto del pretore urbano, il quale « pro sua religione aestimet quae possint alienari obligarive debeant » (1). Diversamente l'alienazione (o l'*obligatio rei*) è colpita di nullità e il pupillo continua a rimanere libero proprietario del *predio* alienato o pignorato. Queste disposizioni furono da Costantino (2) estese ai *praedia urbane*, ai *mancipia* in genere, alle vesti, alle pietre

---

in integrum de' minori, di cui anche nella nota precedente, giova pure al pupillo, sebbene assistito dal tutore; cfr. c. 2 e 3 C. 2, 25. Se fosse così anche più anticamente, è incerto. Ad ogni modo si tratta di un beneficio, non di un diritto del pupillo: il pretore l'accorda *causa cognita*, secondo le circostanze, quando siavi stata lesione proveniente dall'atto *come tale.*

(1) Fr. 1, § 2 D. 27, 9. Le parole seguenti: « manente *pupillo actione*, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori » sono interpolatizie. Il pupillo ha sempre diritto alla *restitutio ob minorem aetatem* in caso di lesione: c. 11 C. 5, 71. Nelle provincie tale attribuzione spetta al preside: cfr. c. 2 (Aureliano) C. 5, 72, donde si evince che talora si otteneva il permesso direttamente dal principe.

(2) c. 22 C. 5, 37. Altri brani della stessa costituzione c. 2 C. 2, 27 e c. 4 C. 5, 72. Nel periodo intermedio dovette emanarsi una costituzione vietante l'alienazione dei *mancipia rustica:* c. 22 pr. *cit.*

preziose e a tutte le suppellettili: anzi perfino al danaro, di cui pertanto restavano interdetti i mutui, senza omologazione dell'autorità (1). Restavano concesse le sole alienazioni delle vesti usate non atte a conservarsi, degli animali superflui, nonchè — naturalmente — delle derrate, de' frutti, ecc. Giustiniano (2) ha perfino vietata la riscossione dei crediti capitali de' minori senza decreto dell'autorità (decreto che dà *plenissima securitas*); si possono esigere senza decreto le pensioni, i canoni, gl'interessi, ecc. Però rispetto a questi ultimi la facoltà di esigerli è limitata a ciò, che non si tratti di più di due annate e che la somma complessiva non superi i cento solidi.

763. Come ognuno che abbia seguito lo svolgimento dell'istituto tutelare si attende, la responsabilità de' tutori per la loro gestione andò sempre crescendo e determinandosi. Nelle origini pare che il tutore rispondesse solo delle distrazioni da lui operate a danno del patrimonio pupillare; le XII Tavole già conoscevano all'uopo l'azione *de rationibus distrahendis* introdotta secondo ogni verosimiglianza, perchè non si riteneva applicabile l'*actio furti*, sia perchè nel concetto antico di questo delitto non rientrava l'appropriazione indebita, sia perchè il rapporto fra tutore e pupillo (Gell. 5, 13) non pareva compatibile con un'azione di questa natura. Del resto l'*actio rat. distr.* è *in duplum* e passivamente *intransmissibile*, sicchè nel periodo

---

(1) Del denaro l'alienazione è quindi libera solo per le spese richieste dal mantenimento del pupillo e dalla gestione de' suoi beni.

(2) c. 25 e 27 C. 5, 37.

classico, in cui l'*actio furti* è data contro il tutore per le sue interversioni, il tutore può essere doppiamente punito, giacchè un'azione non esclude l'altra, reputandosi diverso il loro fondamento: vedi fr. 1, § 22 D. 27, 3. Molto più ampio è il contenuto dell'azione di tutela, che s' introdusse a quanto pare solo a' tempi della procedura formolare (1); in essa non solo si devolvevano le sottrazioni commesse dal tutore (2), ma pur tutti gli altri danni, che il tutore avesse recato al pupillo per dolo o colpa. La misura della responsabilità è data (almeno nel diritto giustinianeo) dalla *diligentia quam suis* (3) Inoltre con tale azione il pupillo può pretendere il trasferimento delle azioni acquisite al tutore nella gestione, ecc. All'azione diretta di tutela corrisponde la contraria, con cui il tutore domanda il rimborso delle spese fatte e il sollievo dalle obbligazioni incontrate nel corso della gestione (4).

---

(1) Girard nella *Ztschr. der Sav. Stift.*, 14, 17.

(2) Queste anzi erano escluse, se si era agito coll'*actio rat. distr.* Viceversa se taluno ha intentato l'*actio tutela*, (*directa*) non può più intentare l'azione *r. d.* Invece se il tutore è stato convenuto per furto, ciò non impedisce che la stessa sottrazione compaia nel rendiconto dell'*actio tutelae.*

(3) Fr. 1 pr. D. 27, 3; il fr. 57 pr. D. 26, 7 vorrebbe dire lo stesso (leggi *proprios debitores*); ma la chiusa è interpolata. Il fr. 33 pr. D. 26, 7, che all'uopo si cita, dice anzi il contrario. Per cui non è temerario il sospetto del Pernice, *Parerga*, VIII, p. 53, che anche il primo passo sia alterato.

(4) Questo scopo dell'*actio tutelae contraria* ha minore importanza nel diritto nuovo, in cui tali trasferimenti avvengono *ope iuris* (mercè la c. d. *actiones utiles*).

764. L'*actio directa tutelae* che costituisce il vero rendiconto della tutela è stata in più modi ampliata nel contenuto e rinforzata nella funzione dalla legislazione imperiale. Essa una volta non era data che per la *gestio* e *administratio* del tutore, ed anzi l'Ascoli (1) ha dimostrato che una volta si concepivano tante obbligazioni, quanti erano gli atti di gestione; niun rimedio vi era pel caso, che il tutore non assumesse l'esercizio delle sue funzioni ovvero si astenesse dal gerire, con tali omissioni recando pur danno al pupillo. Non solo le dodici tavole, ma neppure le leggi Atilia, Giulia e Tizia « de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quidquam cavebant » (2). Quando i consoli furono rivestiti in buona parte di autorità in materia tutelare, solevano costringere (su domanda di persone interessate) i tutori inattivi all'amministrazione, sia mercè i mezzi di polizia che non mancavano certamente, sia con un decreto col quale dichiaravano che quel tutore *suo periculo cessabat* (3). La conseguenza di tale decreto era che il pretore *utiliter* concedeva di agire contro un simile tutore (fr. 4, § 3 D. 46, 6). Più tardi, creata un'apposita e stabile magistratura tutelare e disciplinato l'istituto delle dispense, si stabilì un termine (cfr. sopra) entro cui il tutore designato dovesse o iniziare la procedura per essere esonerato (sia per dispensa, sia per *nominatio potioris)* o assumere le funzioni sulla sanzione di essere altrimenti considerato *ope iuris* « in ea causa... in qua sunt de quibus amplissimi con-

---

(1) *Obbligazioni solidali* (1889), c. II.
(2) § 3 I. 1, 20.
(3) *Vat. fr.*, 155 *i. f.*

sules decreverunt periculo suo eos cessare » (*Vat. fr.* 155). D'altra parte la nuova concezione scientifica della gestione tutelare come un tutto inscindibile rendeva facile il comprendere nell'*actio tutelae* anche le omissioni di atti di gestione o di *auctoritas* da parte del tutore e gli esempi abbondano nelle nostre fonti. Per facilitare al pupillo di ottenere il rendiconto s'impone al tutore di fare in principio un *repertorio* o *inventario* (già Ulp. fr. 7 pr. D. 26, 7); la sanzione si è che altrimenti il tutore si espone a essere condannato in base al *iusiurandum in litem* dell'ex-tutelato (1). Il *paterfamilias* può però dispensare espressamente il tutore testamentario da lui nominato dal fare l'inventario (c. 13, § 2 C. 5, 51).

765. Il credito del pupillo verso il tutore era già privilegiato nell'età classica (2); nel diritto cristiano il pupillo ha una ipoteca generale tacita, che prende data dal giorno, in cui la tutela incomincia (3). Inoltre viene introdotta in epoca incerta la « satisdatio rem pupilli salvam fore » (4). Può stipulare il pupillo *infantia maior* (giacchè gli è lecito miglio-

---

(1) Cfr. c. 24 C. 5, 37. Circa il giuramento che il tutore deve prestare nell'entrata in carica, secondo il diritto giustinianeo v. Nov. 72 c. 2. Esso deve giurare non solo di bene amministrare, ma di non avere nè debiti nè crediti verso il pupillo (nel qual caso, come si è visto, non può assumere la tutela).

(2) Fr. 42 D. 26, 7 (il *privilegium* è *personae*, non *causae*).

(3) c. 22 C. 5, 37.

(4) La cauzione è fra le stipulazioni pretorie, secondo il § 3 I. 1, 20. L'istituto non deve ritenersi anteriore a' tempi di Claudio.

rare la sua condizione), altrimenti si deve far stipulare un servo di lui. All'uopo si deve anche comperare appositamente un servo, ove non ne abbia. Se mancano i mezzi, si ricorre agli stessi spedienti che servono per la satisdazione dovuta all'arrogante a favore del pupillo arrogato (v. sopra) (1). La *satisdatio* ha per oggetto appunto il contenuto dell'*actio tutelae* e non può quindi esplicarsi che a tutela finita. Tale cauzione si deve dai tutori legittimi e da quelli dati dal magistrato *sine inquisitione*. I tutori testamentari e quelli nominati dietro inchiesta si ritiene che offrano nel *iudicium patrisfamilias* o nella *inquisitio* una sufficiente garanzia (2).

Un altro rimedio è l'*actio subsidiaria*, per cui vengono convenuti i magistrati locali, che abbiano accettate delle cauzioni inidonee ovvero abbiano presentato per la *datio* dei tutori insolventi. Il pretore poi ha introdotto un *contrarium tutelae iudicium*, con cui il tutore può ottenere il rimborso di quanto ha utilmente speso e il sollievo delle incontrate obbligazioni: cfr. fr. 1 D. 27, 4 e su di esso quanto

(1) Fr. 2 in f. 3 e 4 pr. D. 46, 6; fr. 1, § 15 D. 27, 8. Il fr. 4 pr. cit. dice che nel caso di un *servus publicus* o di altri (ad es. lo stesso *magistratus*) che stipuli, il credito non si acquista *ipso iure* al pupillo, ma «*utilis* actio ex stipulatu pupillo datur». Più cose qui tradiscono la mano dei compilatori: essi riproducono il diritto del loro tempo, ma pel diritto anteriore v. le nostre osservazioni circa la *cautio* dell'arrogatore.

(2) Però se sono più tutori nominati per testamento, è preferito per la gestione quello che offre *satisdatio*, a meno che anche gli altri sieno pronti a dare cauzione (§ 4 I. 1, 24).

ho scritto nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, VII, p. 88 sg.

766. Può essere che talora gerisca come tutore chi non lo è effettivamente: ciò può avvenire in buona fede (pro tutore), come nel caso che taluno sia nominato in un testamento nullo o revocato, di cui si ignora il vizio o la revoca, ovvero che taluno sia creduto il parente prossimo, mentre altri esistono più vicini di lui. È chiaro che in tali ipotesi non possono sorgere fra il pupillo e il suo amministratore rapporti e azioni di tutela. Però se fu data satisdazione, questa tiene (fr. 4, § 4 D. 46, 6), ma viene *commissa* subito, non appena che qualche danno proviene al pupillo per la cattiva amministrazione (l. c.). Il pretore nel suo editto ha introdotto a favore del pupillo una *utilis actio*, detta *actio pro tutelae*: fr. 1 pr. D. 27, 5.

Per le pretese del protutore contro il pupillo non v'era alcuna ragione di creare un apposito rimedio. bastando all'uopo il *contrarium iudicium negotiorum gestorum* (fr. 5 ib. e Lenel, *Paling.* in h. l.). Nella compilazione giustinianea è data a questa la parvenza di un *contrarium iudicium pro tutelae*. Rispetto ai terzi il *protutore* è nella condizione di un *negotiorum gestor*, in quanto amministra direttamente; in quanto poi impartisce l'*auctoritas*, fa atto sostanzialmente nullo. Per evitare il nocumento de' terzi derivante dall'*auctoritas* impartita dal *falsus tutor* (1), il pretore può con un *decretum* stabilire

---

(1) Non si contempla quindi il caso di un tutore vero, ma inetto ad *accomodare auctoritatem* (p. e. pazzo o — in caso di tutela divisa — *ad aliam regionem datus*): fr. 1, § 2 D. 27, 6.

« ratum se habiturum quod N. N. actore gestum est » e in tal caso gli atti del pupillo compiuti con tale *auctoritas* saranno validi, se non *ipso iure*, *per tuitionem praetoriam* (1). Ma questo avviene in via eccezionale; piuttosto il pretore nel suo editto promette la *restitutio in integrum* nel caso che il terzo abbia avuto quale attore un processo contro il pupillo autorizzato da un *tutor*, ch'era *falsus* a insaputa di lui (2). Viene cioè restituita l'*actio* consumata. L'interpretazione estese però l'editto anche agli altri casi, in cui il terzo ricevesse nocumento per la nullità da lui non conosciuta dell'*auctoritas*. Se poi il *falsus tutor* è in mala fede (« qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicatur »), il terzo ha pure un'azione contro di lui, *ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur* (3).

---

(1) Cfr. fr. 1, § 5 D. 27, 6.

(2) Il pupillo, anche se condannato, non ha bisogno di restituzione, essendo la sentenza, come tutto il processo, nulla; mentre l'attore non può riproporre l'azione, avendola consumata colla *deductio in litem:* Keller, *Litiskontestation*, § 68.

(3) Fr. 7 pr. D. 27, 6. Nel *quanti ea res erit* entrano anche le spese occorrenti pel *iudicium restitutorium:* cfr. fr. 7 § 3 *ib.*

CAPO VII.

Curatori: varie specie.

767. Varie sono le curatele, che s'incontrano nel diritto romano ed il loro contenuto diversifica notevolmente, secondo lo scopo per cui sono istituite. Nel suo concetto genuino la cura implica gestione del patrimonio (1): il curatore non ha per ufficio di integrare la capacità personale di altra persona, ma di amministrarne i beni; donde si comprende come possa esservi un curatore di un patrimonio che non ha soggetto attuale o non ha soggetto attualmente determinato o che è stato tolto al suo soggetto per destinarlo alla soddisfazione de' creditori. Donde parimenti si comprende come la cura molto più agevolmente che non la tutela possa ammettersi *in rem singulam* o *ad certam causam* (2). Il carattere genuino della *cura* si smarrisce alquanto rispetto alla più recente configurazione della *cura minorum*, la quale ha una decisa tendenza ad assimilarsi alla tutela e non è che un prodromo della estensione della tutela medesima fino ai termini della minorità.

768. Due casi di cura, quello del patrimonio del pazzo e quello del patrimonio del prodigo si fanno nelle fonti nostre risalire alle XII Tavole. Per il pazzo la legge stabiliva (3), che mancando un *custos* (e dobbiamo intendere il *paterfamilias* o il tutore)

---

(1) c. 8 C, 5, 4.
(2) § 4 I. 1, 14; § 2 I. 1, 23.
(3) ad *Her.* 1, 13, 23. Cic., *De inv.*, 2, 50.

« adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto » (1). Come si vede, la legge non parla di cura, ma anzi mette la persona e i beni del *furiosus* nella potestà de' suoi successori legittimi. Solo più tardi appaiono distinte le funzioni del *custos* o dei *custodes* della persona del pazzo: fr. 14 D. 1, 18 e quella del *curator* de' suoi beni (il quale ha tutt'al più l'ufficio di contribuire i mezzi pecuniarii occorrenti per la cura; fr. 7 pr. D. 27, 10). Tale cura ha per presupposto lo stato di alienazione mentale: cessa al cessare di questa e si sospende ne' lucidi intervalli (2). Le dodici tavole non provvedevano che al caso, in cui il *furiosus* avesse agnati o gentili. Per gli altri casi cominciò a provvedere il magistrato, nominando un curatore e la curatela dativa (come in materia di tutela) crebbe poi e si sviluppò a detrimento della legittima (3). Ed è da notare come non si volle applicare l'evidente analogia e chiamare il patrono alla *cura legittima* del liberto *furiosus*. Il venir meno della *gens*, l'introduzione della *satisdatio* senza cui l'agnato non è ammesso ad esercitare

---

(1) La *potestas in pecunia* aveva per conseguenza anche la facoltà di alienare: Gai., 2, 64 (a mio avviso è semplice deduzione dalle parole citate).

(2) Nel diritto giustinianeo il curatore rimane in carica anche ne' lucidi intervalli, ma resta inoperoso giacchè agisce validamente il *furiosus*. Nel diritto anteriore cessavano proprio l'ufficio e i poteri del curatore ad ogni ritorno della ragione. La costituzione giustinianea (c. 6 C. 5, 70) non fa del resto — come appare dalle stesse espressioni che accennano a dubbii di carattere puramente teoretico — che sanzionare una prassi preesistente.

(3) Audibert, *Nouvelle Revue hist. de droit*, 1891, pagina 310 sgg.

la cura, la remozione dell'agnato sospetto tanto prima quanto dopo l'assunzione dell'ufficio erano altrettante ragioni per ricorrere alla cura dativa. Se poi il padre avesse nel testamento designato il curatore al figlio pazzo, il magistrato (ove nulla ostasse) confermava con suo decreto tale nomina e ciò pare avvenisse. almeno già nel secondo secolo dell'impero, *nonostante che esistessero agnati*. Nel diritto giustinianeo la *cura furiosi* è esclusivamente dativa (1) nella sua forma; *sostanzialmente* può essere anche testamentaria.

769. I poteri del *curator furiosi* (il quale non può operare che in via di *gestio*) sono andati sempre più restringendosi, applicandosi a lui pure il *crimem suspecti* e l'obbligo del rendiconto mercè l'azione *negotiorum gestorum* (2), quello della *satisdatio* (3), ecc. La *facultas alienandi* già, ristretta dall'interpretazione giurisprudenziale (4), fu poi assoggettata alle disposizioni della *oratio Septimii Severi* (5) e per conseguenza alle successive.

770. Ulpiano insegna (6) che «lex XII Tabularum prodigum, cui bonis interdictum est. in curatione iubet esse adgnatorum». La interdizione si pro-

---

(1) § 3 I. 1, 23. Cfr. fr. 1 pr. D. 27, 10 (ove le parole: *sed solent*, ecc. costituiscono un'interpolazione riconosciuta cfr. Appleton, *Revue générale*, 1893, p. 251). Gordiano (c. 2 C. 5, 70) parla ancora di *agnatus furiosi*.

(2) Fr. 4, § 3 D. 27, 3.

(3) Fr. 4, § 8 D. 46, 6.

(4) Marcello, fr. 12 D. 27, 10.

(5) c. 2 C. 5, 70.

(6) 12, 2. Cfr. lo stesso fr. 1 pr. D. 27, 10. V. § 3 I. 1, 23. Secondo il fr. 1 pr. la prima fonte sarebbero stati i *mores*. Paolo parla di *mores* addirittura: *Sent.* 3, 4 *a* 7

nuncia ne' termini a noi noti dal pretore. La motivazione è che il prodigo disperde i *bona paterna avitaque* e che conduce *ad egestatem liberos suos*: la conseguenza è « ob eam rem tibi ea re (1) commercioque interdico ». Un tale decreto presuppone quindi che il *prodigus* abbia un patrimonio derivantegli dagli ascendenti della linea paterna (non è quindi applicabile ad un liberto o ad un figlio illegittimo) e presuppone secondo la rigorosa interpretazione che tali beni siano pervenuti al figlio come *paterni* o come *aviti* e cioè in quanto egli sia *heres suus*, non in quanto li abbia per testamento ricevuti. Il pretore tuttavia non mancava di interdire (2) anche un liberto prodigo, anche un ingenuo che dissipasse un

---

(1) Ossia « bonis paternis avitisque »: ma è locuzione straordinariamente infelice, tanto più che precede *ob eam rem*. Altra lezione è *aere* non malvista da Cuiacio (ad Paul., *Sent.* 3, 4) e difesa recentemente dall'Appleton, *Revue gén.*, l. cit. p. 247 sgg., che pensa ai « gesta per aes et libram ». Ma anche una simile locuzione sarebbe strana. Io reputo che il passo sia guasto profondamente.

(2) Io credo che il pretore pronunciasse qui pure decreto di interdizione (contro Audibert, *Folie et prodigalité*, p. 183 sgg.); altrimenti non si spiegherebbe perchè si parli qui pure di persone « cui bonis interdictum est ». V. Appleton, *Revue* cit. p. 239. Non so però accettare l'opinione dello stesso Appleton (p. 263 sg.), che qui si pronunciasse la formola del vecchio decreto: altrimenti non si spiegherebbe perchè risulti inapplicabile la *curatio ex lege XII tab.* Data l'*interdictio ex lege*, occorreva provvedere *ex lege* all'interdetto e il riflesso che il decreto nella formola non corrispondeva alla realtà non avrebbe dovuto secondo lo spirito del diritto romano porre ostacolo. Nulla vieta di ammettere che il pretore modificasse la formola secondo le esigenze del caso.

patrimonio non ereditato dal padre o dall'avo o non ereditato *ab intestato*. La *curatio legitima* qui non era applicabile, mancando il presupposto della legge (per tacere che in taluno dei casi accennati non vi erano agnati) (1): bisognava ricorrere alla cura *dativa* od *honoraria* (2). Questa si estese sempre più a detrimento della prima nello stesso modo e per le stesse ragioni della *curatio furiosi*, finchè nel diritto giustinianeo la curatela dativa esclude la legittima (3) (§ 3 I. 1, 23 e fr. 1 pr. D. 27, 10 interp.). Siccome qui l'incapacità si basa sulla *interdictio*, è ovvio ritenere che non cessasse che mediante un decreto contrario, col quale il magistrato riconosceva che erano cessate le cause e che la persona era ritornata *ad sanos mores*. Di ciò però nulla dicono le fonti (4).

---

(1) Pe' liberti qui non si trovano sostituiti i patroni agli agnati: v. anche *supra* nel testo.

(2) Ulp., 12, 2. La tesi dell'Audibert (in parte già preceduto dall'Ubbelohde nella dissertazione inserita nella *Rivista di Grünhut*, IV, 521 sgg.), che ammette un dualismo fra queste curatele non solo ne' presupposti, ma anche nelle conseguenze e nel trattamento, non può accogliersi. V. l'ampia confutazione dell'Appleton, *l. c.*

(3) Anche qui il magistrato conferma col suo decreto la designazione testamentaria fatta dal padre, qualora però si convinca che il figlio è realmente affetto di prodigalità e che non v'è altro rimedio fuorchè l'estremo di ricorrere alla interdizione (fr. 16, § 1-2 D. 27, 10). La pretesa de' compilatori (§ 3 *ib.* interp.) che il magistrato abbia senz'altro anche su questi punti ad accettare il giudizio paterno è così esorbitante, da far ritenere che neppure nel diritto giustinianeo si applicasse sul serio e s'intendesse altrimenti, che come una semplice raccomandazione di tenere nel massimo conto il giudizio del padre.

(4) Paul., 3, 4*a* 12 non è contrario, poichè non esprime

771. La formola antica interdiceva al prodigo il *commercium* (1). Nel diritto classico (2) noi troviamo che la capacità dell'interdetto è sostanzialmente assimilata a quella del pupillo *proximus pubertati* e cioè (oltre che obbligarsi per delitto) il prodigo può compiere validamente tutti gli atti che migliorano la sua condizione, non invece quelli che la peggiorano; cfr. Ulp. *ad Sab.* (fr. 6 D. 45, 1): « Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere (Ulp. *mancipare*) vero non potest vel promittendo obligari ». Anzi qui non si ammise (come invece si ammise dopo Salvio Giuliano pel *pupillus infantia maior*) che si originasse una *naturalis obligatio*: sicchè lo stesso Ulpiano al citato luogo continua: « et ideo nec fideiussor pro éo intervenire poterit, sicut nec pro furioso ». La ragione si è che tale *naturalis obligatio* andrebbe proprio contro lo scopo dell'istituto, che è quello di impedire affatto spese e alienazioni da parte di chi ha

---

il modo con cui la *reversio ad bonos mores* viene constatata. Più imbarazzante è la dicitura del fr. 1 pr. Digest. 27, 10. Essa è certo interpolata (in contrario per quest'ultima parte l'Appleton, *l. c.*, p. 264 sg.); ma ciò non leva la difficoltà pel diritto giustinianeo. È però così vaga la significazione di *ipso iure* nel linguaggio bizantino, che non è resa impossibile una interpretazione che dia un resultato praticamente applicabile.

(1) Ulp., 20, 13 « ... prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt... prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest ».

(2) L'Audibert anzichè ad uno sviluppo storico e ad una interpretazione progressiva pensa alla sua tesi del dualismo sostanziale: v. però Appleton, *l. c.*, p. 256 sgg.

per spendere e alienare una funesta tendenza; non occorre affatto pensare coll'Audibert (1) ad una teoria che rassomigliava il prodigo ad un monomane (e che avrebbe informato l'istituto della *curatio honoraria*). Il passo contrario fr. 25 D. 46, 1 è in più maniere alterato e sopratutto là dove dopo le parole « pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato » (sic! leggi *promittente*) aggiunge le altre *prodigove vel furioso* (2). Anche pel diritto giustinianeo simili interpolazioni frettolose e inconsiderate non fanno testo di fronte ad altri passi, dove chiaramente ed appositamente si insegna il contrario. A differenza però del pupillo il prodigo interdetto può adire una eredità, che gli venga deferita (fr. 5, § 1 D. 29, 2). Anche qui la decisione si ispira a giusti riguardi. È impossibile far rappresentare l'interdetto dal curatore nell'adizione o fare adire il curatore per lui; non c'è di meglio che lasciar libero all'interdetto di adire, tanto più che ciò non presenta pericoli speciali. L'avere una funesta tendenza a spendere oltre il dovere non prova che si sia tanto ciechi da accettare anche un'eredità oberata: ciò non sarebbe affatto una conseguenza del vizio della prodigalità (cfr. Appleton, p. 258). Il curatore quindi non gerisce che gli affari, che importano alienazione od impegno patrimoniale; per gli altri il prodigo gerisce il proprio validamente. Meno questa differenza e l'altra che i poteri del curatore nè si sospendono per lucidi intervalli nè cessano issofatto col venir meno delle tendenze spendereccie,

---

(1) *l. c.*, p. 291.

(2) Gradenwitz, *Interpol.*, p. 37; Lenel, *Paling.*, II, Ulp., n. 404 (v. anche Appleton, *l. c.*, p. 259).

la cura dell'interdetto si può paragonare alla *cura furiosi*, a cui nelle fonti è di fatto spesse volte assimilata.

772. Una particolare menzione merita anche la cura de' minori. La tutela, come s'è visto, cessa colla impubertà. Il pubere *sui iuris* è completamente capace nell'antico diritto. Solo dopo il 560 a. u. c. la legge Pletoria (1) provvide in modo particolare alla *circumscriptio adulescentium* con azione penale pubblica e con azione privata di risarcimento (donde più tardi si svolse l'*exceptio legis Plaetoriae*) (2). Inoltre la legge permetteva agli *adulescentes* di farsi assegnare un curatore per trattare determinati affari (*redditis causis*, come si legge nella *Vita Marci* c. 10). L'Editto del pretore poi concesse agli *adulescentes* lesi, ma non *circumscripti*, pe' negozii da loro compiuti (e lesi per effetto del negozio stesso o non pel sopraggiungere di cause estrinseche ed accidentali: cfr. fr. 11 § 4 sq. D. 4, 4) la *restitutio in integrum*. Essa non era negata per ciò solo che era intervenuto un curatore, sebbene un tale inter-

---

(1) Il Costa non senza notevoli argomenti pone la data della *lex Plaetoria* o nella seconda metà del 561 o nella prima del 562 (*Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, II, fasc. 1-2; *Il diritto romano nelle com. di Plauto*, p. 200 sgg.).

(2) Questa è l'opinione più probabile (la dimostrazione spetta ad un corso di storia del diritto). Intanto la *lex Iulia munic.* l. 111 distingue fra chi è *condemnatus lege Plaetoria* (Cic., *de nat. deorum*, 3, 30, 74) e chi è condannato *ob eam rem quod adversus eam legem fecit fecerit.* Al giudizio privato è da riferire la nossalità (*fragm. de form. fab.*, § 4). La stessa duplicità occorre per la *lex Aquilia*, la *lex Cornelia de iniuriis.*

vento costituisse *di fatto* una notevole garanzia pel terzo, essendo assai meno verosimile che in tale negozio si avesse poi a ravvisare una lesione. Si comprende pertanto come i terzi potessero esigere che fosse nominato un curatore (si pensi a un debitore che vuol fare un pagamento, all'ex tutore che deve rendere i conti) (1). Ma la più importante trasformazione che si compie sotto l'impero è quella, per cui il *curator* non viene dato *ad singulas causas*, secondo le emergenze; ma viene nominato stabilmente per assistere il minorenne fino ai 25 anni compinti. Tale evoluzione sembra già avvenuta ai tempi di Marco Aurelio (2): Ulpiano parla (3) del « curator datus ei, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest » : per lui questa cura è evidentemente analoga a quella del *furiosus* e del prodigo, di cui parla nello stesso contesto (4). E poichè sa-

---

(1) c. 1 C. 5, 31; fr. 5, § 5 D. 26, 7; fr. 7, § 2 D. 4,4. Sul *curator in litem* v. § 2 Inst. 1, 23.

(2) *Vita Marci*, c. 10,

(3) 12, 4. Che sia di Ulpiano il fr. 1, § 3 D. 4, 4, non parmi verosimile anche pel confronto col citato luogo delle *Regulae*.

(4) L'*oratio Septimii Severi*, come si legge ora in fr. 1, § 2 D. 27, 9, interdice l'alienazione de' predii rustici e suburbani tanto ai *tutores*, quanto ai *curatores*. Ma se la menzione de' *curatores* è genuina (essa è evidentemente interpolata nella c. 2 pr. C. 5, 71), essa si riferisce ai curatori, che vengono dati talora ai pupilli in istato di tutela (§ 5 I, 1, 23), giacchè in tutta questa parte l'*oratio* non fa parola che di *pupilli*. Oscuro (e pare guasto) è il fr. 8, § 1 D. 27, 9. Piuttosto un brano della *oratio* doveva dichiarare nulle tali alienazioni se compiute dai minori o da chi per essi senza omologazione pretoria (la frase era probabilmente « interdicam ne praedia adulescentium di-

rebbe stato singolare che — continuando sostanzialmente una tal cura l'ufficio della tutela — non si avesse più alcun rimedio simile all'*auctoritas*, si venne sviluppando quello del *consensus curatoris* che si differenzia dalla *tutoris auctoritas* per la mancanza di forma (non si esige nè la presenza, nè la coincidenza cronologica).

773. Le Istituzioni giustinianee riproducono ancora l'antica fonte che dice: «inviti adulescentes curatores non accipiunt» (1) e il diritto de' Digesti conferma il principio (2). Ma ciò deve intendersi nel senso che è il minore o chi per lui, che deve chiedere il curatore e consentire alla sua nomina (meno forse il caso in cui il *curator* sia nominato dal magistrato in conferma di proposta fatta da un ascendente nel testamento); nel fatto quale fosse le condizione de' minorenni stessi, appare pel diritto giustinianeo dalla interpolazione in fine del fr. 1 D. 4, 4, dove si insegna, che i minori in genere stanno in curatela fino ai 25 anni e che prima di questa età non devesi loro affidare l'amministrazione del patrimonio. Ulpiano nelle sue *Regulae* l. c. parla del *pubes, qui idonee negotia sua tueri non potest:* in questo passo gli si fa dire doversi mettere sotto cura anche i minori *bene rem suam gerentes*. Pare dunque che dovesse per diritto giustinianeo essere

---

strahantur »; arg. c. 2 C. 5, 70); solo così si spiega il fr. 1, § 4 D. 27, 9. Nel diritto giustinianeo invece i *curatores* son proprio da intendere pe' *curatores* stabili degli *adulescentes*.

(1) § 2 I. 1, 23.

(2) Fr. 43, § 3 D. 3, 3; fr. 13, § 2 D. 26, 5; fr. 2, § 4, 5 D. 26, 6; fr. 36, § 1 D. 27, 1.

ben raro il caso, in cui un minore avente patrimonio fosse senza curatore: anche l'influenza dei diritti ellenici estendenti la tutela a tutta la minorità era in questo senso.

774. Quando il minore fosse *in curatela*, nel diritto nuovo sembra che risultasse limitata la sua capacità, in modo che sostanzialmente si trovasse nelle condizioni del pupillo *infantia maior* e del prodigo interdetto. Questa almeno è la più naturale interpretazione della c. 3 Cod. 2, 21 (22) di Diocleziano per cui è nulla *ipso iure* la vendita di una cosa fatta da un minorenne in curatela « cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore, curatore dato, bonis interdictum est ». Mentre invece se il minore che ha contrattato non era sotto curatela, il contratto si ha per valido e non resta altro sussidio, che l'eventuale restituzione *in integrum* (1). Questo è anche conforme al divieto contenuto nella parte interpolatizia del fr. 1 § 3 D. 4, 4 di commettere ai minori l'amministrazione, dovendosi invece costituirli sotto curatela.

775. Il minore poteva chiedere al principe in via di grazia la *venia aetatis*, per cui, sebbene non avesse ancora raggiunto i venticinque anni, veniva parificato agli effetti civili ai maggiorenni. Antica-

(1) La decisione ha tutte le parvenze della genuinità e fra le altre cose essa riproduce il diritto precostantiniano circa la validità della vendita delle *res minorum sine decreto*. Per tutto il periodo classico si mantenne invece il principio della capacità fondamentale del minorenne, sebbene sotto curatela: Paul., fr. 43 D. 44, 7 e sovratutto Modestino in fr. 101 D. 45, 1: « puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari ».

mente non vi era un *minimum* di età stabilito (1): tutto dipendeva dal giudizio del principe. Gli effetti di questa *venia* erano di sottrarre il minorenne alla necessità di chiedere un curatore ne' casi in cui questo sarebbe stato altrimenti necessario (ad es. *in litem*), di togliere la possibilità della *restitutio in integrum* (2), che era il massimo incaglio alle contrattazioni de' minori ed alla libera esplicazione della loro attività economica, per il giusto timore che dovevano avere i terzi di vedersi obbligati a rimettere le cose in pristino e sovratutto — dopo Settimio Severo — di rendere superflua l'omologazione giudiziaria per le alienazioni dei predii rustici e suburbani. La *venia aetatis* diventò ancor più importante nel diritto nuovo, in cui di regola ogni minorenne deve avere un curatore stabile ed è privato della capacità di fare qualunque atto, che importi alienazione ed obbligazione. Costantino ci rappresenta l'istituto come normale (3): i maschi la possono chiedere a vent'anni, le donne a diciotto: l'età deve documentarsi o provare per via di testi,

---

(1) Siccome le leggi caducarie per gli effetti di diritto pubblico (candidatura alle cariche, sacerdozii, ecc.) condonavano tanti anni quanti erano i figli, non mancò chi volesse applicare anche al diritto privato (per analogia) il principio «ut singuli anni per singulos liberos demittantur». La storta applicazione fu naturalmente respinta: fr. 2 D. 4, 4.

(2) c. 1 C. 2, 44 (45) Aureliano.

(3) Si confronti il principio della c. 2 C. 2, 44 (45) col fr. 3 pr. D. 4, 4 dove della *venia aetatis* si discorre come di una concessione che avviene *perraro*. Nel fr. 3 pr. davanti a *rerum suarum administrationem* è stato omesso (appositamente) l'epiteto *liberam*.

come pure i *boni mores*, la *probitas animi*, la *mentis sollertia* (1). Ma la *venia aetatis* così estesa nella sua applicazione perde non poco della sua entità colla disposizione di Giustiniano, per cui i beni de' minorenni non sono alienabili *sine decreto* nonostante *venia impetrata* (2).

776. Sono questi i casi più importanti di curatela. Fra le altre specie di essa ricorderemo il curatore che in taluni casi si dà al pupillo sotto tutela, sia per l'incapacità del tutore, sia perchè questo è temporaneamente scusato od impedito; cfr. § 5 I. 1, 23. Si ricordi anche il curatore che viene costituito ai *filiisfamilias* pei beni, di cui l'amministrazione è tolta al *paterfamilias* (Nov. 1 17).

777. Va menzionato anche il *curator ventris*· « quoties venter (ossia il nascituro) in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis » (fr. 1, § 17 D. 37, 9). Il primo ha per ufficio di invigilare perchè non avvengano supposizioni di stato e perchè venga fornito alla madre il necessario mantenimento; il secondo ha per ufficio di amministrare il patrimonio del nascituro e questo spiega perchè alla sua nomina intervengano i creditori ereditarii, i quali — ove non venga costituito — possono pretendere la custodia del patrimonio. Di regola è la stessa persona, che funge da *curator ventris* e da *curator bonorum*: cfr. fr. 1, § 17-19 cit.

778. *Curatores bonorum* si costituiscono nel caso di un'eredità giacente, se l'erede è istituito sotto condizione: nel caso di fallimento (fr. 2 D. 42, 7);

---

(1) c. 2 C. cit.

(2) c. 3 C. *ibid.*

per difendere e amministrare il patrimonio di un *captus ab hostibus*. Gli uffici di *curator ventris* e di *curator bonorum* sono affatto volontari e ciò non v'è per alcun obbligo di accettazione e quindi neppure procedura *per excusatio* (cfr. anche fr. 2, § 3, D. 42, 7).

INDICE

LIBRO I.

LIBRO III.

LIBRO IV.

LIBRO V.

ERRATA-CORRIGE.

A pag. 629 l. 6 dopo la v. *accettilare* aggiungi: Anche la facoltà di accettilare vien meno nel diritto giustinianeo (fr. 20 D. 46, 3 = *interp.*).

A pag. 719 (§ 587). La spiegazione data nel testo va modificata: I frutti e gli accessorii della cosa ingiustamente ricevuta si trovano pure ingiustamente presso chi li ottiene e si possono per la stessa ragione *condicere*. Ma è da credere che si desse a loro riguardo una formola speciale, che si sarà annessa alla principale.

A pag. 177 linea 15 il fr. 3, 7 D. 12, 1 deve correggersi in 37 D. 12, 1.

A pag. 279 linea 21 il fr. 1 pr. D. 10, 3, deve correggersi in fr. 19 pr. ecc

Nor. 264, 544, 941. 177 348.
425 - 482 - 487 - 576 -
856.